

München 1968
Wolfgang Roloff

Der Scheinerbe
eines Personalhandelsgesellschafters

1968
1968

1969

DER SCHEINERBE EINES PERSONALHANDELSGESELLSCHAFTERS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte,

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

W o l f g a n g R o l o f f

aus Wuppertal - Elberfeld

1969

- | | |
|----------------------|----------------------------|
| 1. Berichterstatter: | Professor Dr. Reinicke |
| 2. Berichterstatter: | Professor Dr. Brox |
| Dekan: | Professor Dr. H. Seidenfus |

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1968



G l i e d e r u n g

		Seite
	Einleitung	1
<u>1. Teil</u>	Die gemeinsamen Voraussetzungen der Nachfolge in eine Gesellschafterstellung	2
§ 1	Die Erbfolge in der Personalhandelsgesellschaft und die Fehler bei der Vererbung	2
<u>2. Teil</u>	Der Scheinerbe als Nachfolger eines persönlich haftenden Gesellschafters	6
§ 2	Das Problem	6
§ 3	Die Rechtslage bei strikter Gesetzesanwendung	7
I	Das Außenverhältnis	7
1)	"Organ"stellung und Haftung der Beteiligten	7
2)	Ergebnis und Kritik	9
II	Das Innenverhältnis	10
1)	Innenverhältnis und Erbschein	10
2)	Die einzelnen Vertragsänderungen und Handlungen im Innenverhältnis	12
3)	Ergebnis und Kritik	16
III	Die Abwicklung	17
1)	Gesellschafterstellung ex tunc	17
2)	Ansprüche zwischen wahrem Erben, Scheinerben und Gesellschaftern	18
3)	Ergebnis und Kritik	21
IV	Zusammenfassende Würdigung der Ergebnisse	22
§ 4	Die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung	23

		Seite
§ 5	Die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung	29
I	Die Gesetzesmaterialien	29
II	Die Normen des Erbrechts und der beson- dere Interessenkonflikt	31
III	Die Lückenhaftigkeit	34
1)	Unangemessenheit der Erbrechtsnormen	34
2)	Das Prinzip der Beschränkung der Nichtig- keitsfolgen bei Dauerrechtsverhältnissen	34
3)	Das Prinzip der Ausgewogenheit von Haftung und Einfluß	38
4)	Das Prinzip der Rechtssicherheit im Gesellschaftsrecht	39
§ 6	Die Ausfüllung der Lücke entsprechend den Wertungen und Prinzipien des Erb- und Gesellschaftsrechts	40
I	Die Ordnung in der Gesellschaft nach dem Prinzip der Beschränkung der Nichtigkeits- folgen bei Dauerrechtsverhältnissen	40
1)	Die Relevanz des Prinzips	40
2)	Die Ordnung in der Gesellschaft durch Anerkennung der zwischenzeitlichen Gesellschafterstellung des Scheinerben unter Ausschluß des wahren Erben	43
3)	Die Geltung der wahren Erbfolge für die Zukunft	46
a)	Die Durchsetzbarkeit der wahren Erbfolge für die Zukunft	46
b)	Die Neuordnung unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit	47
c)	Die entsprechende Gestaltung der Wahl- möglichkeit des wahren Erben nach § 139 HGB	52
d)	Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages, Bedeutung des Erbscheins	53

	Seite
4)	Ergebnis für die Ordnung der Gesellschaft 56
II	Die vermögensrechtliche Beteiligung und die wirtschaftliche Abwicklung 57
1)	Zuordnung der vermögensrechtlichen Beteiligung nach Erbrecht 57
2)	Ausgleich aller Ansprüche wegen der Gesellschaftstätigkeit des Scheinerben durch angemessene Gewinnverteilung entsprechend § 168 Abs. 2 HGB 61
3)	Die sonstigen Ansprüche und Pflichten des ausscheidenden Scheinerben 65
4)	Ergebnis hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beteiligung 66
§ 7	Überprüfung durch Anwendung der gefundenen Regeln 67
I	Außenverhältnis 67
II	Innenverhältnis 68
1)	Bestand des Innenverhältnisses bis zur Anpassung 68
2)	Ausgleich von Unbilligkeiten der Schwebezeit 68
a)	Ersatz des Verzögerungsschadens 68
b)	Einstweilige Verfügung 69
III	Abwicklung und wirtschaftlicher Ausgleich 70
§ 8	Ergebnis für den Fall des vermeintlichen Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters 70
<u>3. Teil</u>	Der Scheinerbe eines Kommanditisten, in der Liquidationsgesellschaft und als Miterbe 72
§ 9	Der Scheinerbe eines Kommanditisten 72
§ 10	Der Scheinerbe in der Liquidationsgesellschaft 73
§ 11	Der Scheinerbe in der Erbengemeinschaft 74
	Gesamtergebnis 76

Literaturverzeichnis

- Baumbach-Duden
Handelsgesetzbuch,
18. neubearbeitete Aufl.,
München 1968
- Berner Kommentar
Schweizerisches Zivilgesetzbuch,
Einleitung, Artikel 1 - 10 ZGB,
Bern 1962
- Börner, Bodo
Die Erbengemeinschaft als Gesell-
schafterin einer offenen Handels-
gesellschaft,
AcP 166, 426 ff.
- Brox, Hans
Die Einschränkung der Irrtums-
anfechtung,
Karlsruhe 1960
- Erbrecht,
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Die Anfechtung von Dauerrechts-
verhältnissen,
BB 64, 523 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm
Die Feststellung von Lücken im
Gesetz,
Berlin 1964
- Däubler, Wolfgang
Das fehlerhafte Ausscheiden
eines Gesellschafters aus der
offenen Handelsgesellschaft,
BB 1966, 1292 ff.
- Düringer-Hachenburg
Das Handelsgesetzbuch,
II. Band, 2. Hälfte, 3. Aufl.,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Eckelt, Ernst
Vermögensanteil und Kapitalanteil,
NJW 1954, 1905 ff.
- Engisch, Karl
Einführung in das juristische
Denken,
3. Aufl.,
Stuttgart 1964
- Enneccerus-Nipperdey
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts,
fünfzehnte Auflage,
Erster Halbband, Tübingen 1959
Zweiter Halbband, Tübingen 1960

Erman, Walter

Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
4. Aufl.,
Münster 1967

Personalgesellschaften auf man-
gelhafter Vertragsgrundlage,
Münster 1947

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der rich-
terlichen Fortbildung des Privat-
rechts,
2. Aufl.,
Tübingen 1964

Fischer, Robert

Anmerkung zu BGH Urt.v.5.3.1964
- II ZR 208/61 = LM Nr. 19 zu
§ 105 HGB (Bl. 4)

Grenzen für die Anerkennung der
faktischen Gesellschaft,'
NJW 58, 969

Die Stellung des vermeintlichen
Erben in der oHG,
in "Recht im Wandel", Festschrift
Hundertundfünfzig Jahre Carl
Heymanns-Verlag,
Köln-Berlin-Bonn-München 1966

Die faktische Gesellschaft,
NJW 55, 849 ff.

Geschäftsführungs- und Vertre-
tungsbezugnis eines Erben in
einer Personengesellschaft des
Handelsrechts,
BB 56, 839

Die Entziehung der Geschäfts-
führungs- und Vertretungsbezug-
nis in der oHG,
NJW 1959, 1057 ff.

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts,
Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft,
Berlin, Heidelberg, New York 1965

Richter und Recht,
Verhandlungen des 46. DJT,
Band II, Teil K, Schlußvortrag,
München und Berlin 1967

- Gaßmüller, Helmut
 Einzelfragen zum Recht der Gesellschaften auf mangelhafter Grundlage,
 DB 55, 257 ff.
- Fehlerhafte Abänderungen von Gesellschaftsverträgen,
 NJW 56, 698 ff.
- Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter,
 Köln 1961
- v. Gierke, Otto
 Dauernde Schuldverhältnisse,
 Iher.Jahrb. 64, 355 ff.
- Haupt, Günter
 Über faktische Vertragsverhältnisse,
 Leipzig 1941
- Heck, Philipp
 Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,
 AcP 112, 1 ff.
- Das Problem der Rechtsgewinnung,
 2. Aufl.,
 Tübingen 1932
- Heins, Valentin
 Anmerkung zu OLG Düsseldorf,
 Urt.v. 26.4.1956 - 6 U 308/55 =
 NJW 56, 1802
- Hueck, Alfred
 Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,
 dritte Auflage,
 Berlin 1964
- Hueck-Nipperdey
 Lehrbuch des Arbeitsrechts,
 1. Band, 7. Aufl.,
 Berlin und Frankfurt 1963
- Kipp-Coing
 Erbrecht,
 12. Bearbeitung,
 Tübingen 1965
- Larenz, Karl
 Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
 Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Recht der Schuldverhältnisse,
 II. Band, Besonderer Teil,
 8. Aufl.,
 München und Berlin 1967

- Lehmann, Heinrich Faktische Vertragsverhältnisse,
NJW 58, 1 ff.
- Gesellschaftsrecht,
2. Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1959
- Lobedanz, Gerhard Der Einfluß von Willensmängeln
auf Gründungs- und Beitritts-
geschäfte,
Berlin 1938
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch mit
Nebengesetzen,
27. Aufl.,
München/Berlin 1967
- van Randenborgh, Wolfgang Das negative Kapitalkonto bei
der Personalgesellschaft,
DNotZ 1959, 373
- Reichsgerichtsräte- Das Bürgerliche Gesetzbuch,
Kommentar I. Band, 1. Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1959
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
II. Band (§§ 105 - 177, §§ 335 -
342), 2. Aufl.,
Berlin 1950
(zit. RGRK-HGB-Weipert)
- Großkommentar zum Handelsgesetz-
buch,
II. Band, Lieferung 1, §§ 105 -
127,
Berlin 1967
(zit. RGRK-HGB Fischer)
- Reinicke, Dietrich Ausfüllung von Gesetzeslücken
durch den Bundesgerichtshof,
JuS 64, 421 ff.
- Reinicke, G. und D. Zur Kollision von Gesellschafts-
vertrag und Erbrecht,
NJW 57, 561 ff.
- Rokas, Nikolaos Die Teilhaberschaft an der
Offenen Handelsgesellschaft und
ihre Vererbung,
Berlin 1965
- Rüthers, Bernd Die privatautonome Gestaltung
der Vererbung des Anteils an einer
Offenen Handelsgesellschaft durch
eine beschränkte Nachfolgeklausel,
AcP 168, 263 ff.

- Schlegelberger
Handelsgesetzbuch,
I. Band,
Berlin und Frankfurt 1960
- Schlegelberger-Geßler
Handelsgesetzbuch,
II. Band, §§ 105 - 342, 4. Aufl.,
Berlin-Frankfurt am M. 1963
- Schlicht
Zugehörigkeit des Gesellschafts-
anteils zum Nachlaß bei Fort-
setzungsklausel?,
NJW 54, 984
- Schumann, Hans
Faktische Personalgesellschaft
und Feststellungsklage,
DR 43, 265 ff.

Die Lebensverhältnisse der
faktischen Personengesellschaft,
DR 43, 1193 ff.

Handelsrecht,
Band I, Handelsstand - Handels-
gesellschaften,
Wiesbaden 1954
- Siebert, Wolfgang
Die faktische Gesellschaft,
Festschrift für Justus Wilhelm
Hedemann zum sechzigsten Geburts-
tag,
Jena 1938

Faktische Vertragsverhältnisse
(Abwandlungen des Vertragsrechts
in den Bereichen der Daseins-
vorsorge, des Gesellschaftsrechts
und des Arbeitsrechts),
Karlsruhe 1958

Die Nachfolge von Todes wegen
in die Mitgliedschaft einer
Offenen Handelsgesellschaft,
NJW 55, 809 ff.

Gesellschaftsvertrag und Erb-
recht bei der Offenen Handels-
gesellschaft,
Karlsruhe 1954 (1958)
- Simitis, Spiros
Die faktischen Vertragsverhält-
nisse,
Frankfurt 1957

- | | |
|---|---|
| Soergel-Siebert | 1) Bürgerliches Gesetzbuch,
Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 10. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967 |
| | 2) Band II Einzelne Schuldverhältnisse (§§ 433 - 853),
9. Aufl.,
Stuttgart 1962 |
| Staudinger | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil,
11. Aufl., 1957 |
| | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, §§ 611 - 704,
11. Aufl.,
Berlin 1958 |
| Viehweg, Theodor | Topik und Jurisprudenz,
3. Aufl.,
München 1965 |
| Westermann-Scherpf-Paulick-Bulla-Hackbeil | Handbuch der Personengesellschaften,
Köln 1967 |
| Wiedemann, Herbert | Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften,
München und Berlin 1965 |
| Wolff, Martin | Gegenstände des Handelsrechts, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts (Ehrenbergs Handbuch), IV. Band, 1. Abt., S. 1 ff. |

G e s e t z e s m a t e r i a l i e n

- | | |
|-------------|---|
| Hahn-Mugdan | Die Gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen,
6. Band: Materialien zum Handelsgesetzbuch,
Berlin 1897 |
| Mugdan | Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,
Berlin 1899 |

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Iher.Jahrb.	Iherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
Rdnr.	Randnummer
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
WM	Wertpapier-Mitteilungen

Einleitung

Sowohl die Problematik des fehlerhaften Gesellschaftsvertrages ¹⁾ - insbesondere auch beim Beitritt zu einer Personalhandelsgesellschaft - als auch die mangelnde Koordination von Erbrecht und Gesellschaftsrecht ²⁾ sind in der Rechtsprechung und der Rechtslehre oft behandelt worden.

Jedoch findet sich nur ein Beitrag aus neuerer Zeit zu der Frage, welche Folgen ein fehlerhafter Beitritt auf Grund irriger Annahme der Erbfolge nach einem Gesellschafter haben kann ³⁾.

Schon auf den ersten Blick wird erkennbar, daß bei der Erörterung dieser Frage die oben aufgezeigten Probleme, die auch heute noch nicht abschließend gelöst sind, unter' einem neuen Gesichtspunkt angesprochen werden müssen.

In dieser Arbeit muß aber angesichts der Vielfalt der gesellschafts- und erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eine Beschränkung auf den Fall erfolgen, daß Scheinerbe und wahrer Erbe des Gesellschafters nur jeweils eine Person sind; auf die Probleme bei Erbenmehrheit soll nur abschließend hingewiesen werden.

-
- 1) Zur fehlerhaften Gesellschaft siehe die Nachweise bei Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 5 ff.; Hueck, Recht der oHG, S. 56 ff.; zum Ausscheiden: Däubler, BB 66, 1292 ff.; zum Beitritt: OGH 4, 241; BGH 26, 330; 44, 235.
 - 2) Zur Frage der Erbfolge bei mehreren Erben: BGH 22, 186 (192, 193): Nachfolge pro rata (h.L.), zweifelnd Brox, Erbrecht, S. 511; ablehnend Börner, AcP 166, 426 (453); zur Nachfolgeklausel: Zusammenstellung der fast unübersichtbar gewordenen Literatur bei Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 151.
 - 3) R. Fischer, Recht im Wandel, S. 271 ff. und LM Nr. 19 zu § 105 HGB Blatt 4.

1. Teil. Die gemeinsamen Voraussetzungen der Nachfolge in eine Gesellschafterstellung

§ 1 Die Erbfolge in der Personalhandels-gesellschaft und die Fehler bei der Vererbung

Die Rechtsstellung des wahren und des vermeintlichen Erben ist davon abhängig, wie sich die Nachfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter vollziehen sollte.

Grundsätzlich bestimmt es sich nach Gesellschaftsrecht, welche Rechte des Erblasser-Gesellschafters vererbt werden; der Gesellschaftsvertrag entscheidet, ob und gegebenenfalls mit welchen Einschränkungen die Gesellschafterstellung vererbt wird ¹⁾.

Andererseits regelt das Erbrecht, wer als Erbe im Rahmen des nach dem Gesellschaftsvertrag Zulässigen in die Gesellschafterstellung nachfolgt ²⁾.

Die Fehlerquelle, die zum Problem des Scheinerben eines Gesellschafters führt, kann also nur auf erbrechtlichen Gegebenheiten beruhen.

Zu einem erst später aufklärbaren Irrtum über die Erbfolge kann vor allem der Grundsatz der Testierfreiheit führen. Als Hauptursache sind hier Fehler bei der Auslegung von Testamenten, Formnichtigkeit, sonstige äußerlich nicht erkennbare Nichtigkeitsgründe ³⁾ und die Wirksamkeit des jüngeren (möglicherweise verborgenen) Testamentes statt des älteren oder der gesetzlichen Erbfolge zu nennen.

Dabei können Auslegungsfehler vor allem darauf beruhen, daß - nach einer im Vordringen befindlichen Lehre ⁴⁾ - auch

-
- 1) Auf die Frage, ob sich aus dem Erbrecht Beschränkungsverbote ergeben, soll hier nicht eingegangen werden; siehe etwa zum Ausschluß der Abfindung beim Ausscheiden der Erben: G. und D. Reinicke, NJW 57, 561 (563).
 - 2) Statt aller Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 21.
 - 3) So kann sich z.B. die Sittenwidrigkeit eines Testamentes aus unbekannten, außerhalb des Testamentes liegenden Umständen ergeben.
 - 4) Brox, Erbrecht, S. 50; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 136, 145; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 334, 336.

der nicht im Testament angedeutete Wille des Erblassers bei der Auslegung und Ergänzung eines Testamentes zu berücksichtigen ist.

Außerdem ist in diesem Zusammenhang die erweiterte Zulässigkeit der Anfechtung von letztwilligen Verfügungen (§§ 2078, 2079, 2281 BGB) mit ex-tunc Wirkung (§ 142 Abs. 1 BGB) sowie die Möglichkeit hervorzuheben, daß auf die Anfechtungsklage bei Erbunwürdigkeit die Erbenstellung rückwirkend aberkannt werden kann (§ 2344 BGB).

Soweit die Nachfolge in die Gesellschafterstellung nach Erbrecht erfolgt, ist also in erheblichem Maße die Gefahr eines äußerlich nicht erkennbar fehlerhaften und daher nur tatsächlich vollzogenen Beitritts gegeben. Für die Auswirkungen eines solchen fehlerhaften Beitritts kommt es darauf an, welche Bestimmungen der Gesellschaftsvertrag über die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung enthält.

Hinsichtlich der Rechtsnachfolge des Erben in die Stellung eines Personalhandelsgesellschafters werden im wesentlichen vier Gestaltungsmöglichkeiten unterschieden, die vom Gesetz (§§ 131 Nr. 4, 177, 138, 139 Abs. 1 HGB) als zulässig anerkannt sind.

Als grundsätzliche Regelung bestimmt § 131 Nr. 4 HGB im Falle des Todes eines persönlich haftenden Gesellschafters die Auflösung; in diesem Falle wird der Erbe zwar gemäß § 1922 BGB Gesellschafter, die Gesellschaft ist aber nur eine Abwicklungsgesellschaft (§§ 145 ff. HGB) ⁵⁾.

Entgegen dieser Regelung geht § 177 HGB von der unmittelbaren Vererbung einer Kommanditistenstellung aus ⁶⁾.

Neben diesen gesetzlichen Regelungen sind jedoch abweichende vertragliche Bestimmungen zulässig (§§ 138, 139 HGB).

5) Schlegelberger-Geßler § 131 Rdnr. 23; der gegenteiligen Ansicht von RG 106, 63 (65), wonach die Nachfolge auf die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft beschränkt wird, kommt keine besondere Bedeutung zu, denn auch dort wird der Erbe an der Liquidation selbst beteiligt, bzw. die Erben über ihren Vertreter (§ 146 Abs. 1 Satz 2 HGB).

6) Unbestritten, statt aller Schlegelberger-Geßler § 177 Rdnr. 3.

Nach § 138 HGB kann vertraglich bestimmt werden, daß der Gesellschafter mit dem Tode ausscheidet; in diesem Falle wird nicht die Gesellschafterstellung, sondern nur die Ausgleichsforderung gemäß §§ 738 ff. BGB vererbt ⁷⁾.

Demgegenüber lassen §§ 139, 131 Nr. 4 HGB auch die vertragliche Bestimmung zu, daß die gesamte Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters vererblich sein soll; ist eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen, so wird der Erbe automatisch (§ 1922 BGB) persönlich haftender Gesellschafter als Rechtsnachfolger des Erblasser-Gesellschafters ⁸⁾.

7) Schlegelberger-Geßler § 138 Rdnrn. 8 und 24.

8) BGH 22, 186 (191), h.L.; nach anderer Ansicht sollen die vermögensrechtlichen Beziehungen vererbt werden und die Mitgliedschaftsrechte neu in der Person des Erben entstehen (Schlicht NJW 54, 984 (1985); Fischer NJW 56, 839 (840)) oder erst durch Vertrag begründet werden müssen. Dieser Streit ist für die vorliegende Problematik ohne Bedeutung; im übrigen geht § 139 Abs. 1 HGB von der Vererbung der gesamten Mitgliedschaft aus; so hebt Siebert NJW 55, 809 (810) hervor, daß § 1922 BGB sonst entsprechend angewandt werden müsse, da der Gesetzgeber mit der Regelung keine Ausnahmeregelung für das Vermögen gewollt habe; so auch mit Belegen aus der Entstehungsgeschichte Kipp-Coing, S. 397. Selbstverständlich sind Sonderrechte und -pflichten des Erblassers unvererblich; das gleiche gilt auch, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag diesem Verwaltungsrechte nur wegen seiner Fähigkeiten eingeräumt bzw. aus persönlichen Gründen entzogen sind (Schlegelberger-Geßler § 139 Rdnr. 22; Hueck, Recht der oHG, S. 298, 299). -

Brox, Erbrecht, S. 510 ff., will neuerdings die Nachfolgeklausel grundsätzlich als verfügenden Vertrag zu Gunsten Dritter deuten; ob dies möglich ist oder ob hiergegen dogmatische Bedenken bestehen, kann dahingestellt bleiben, denn die generelle Auslegung der Erbfolgeklausel als (auch verpflichtender) Verfügungsvertrag zu Gunsten Dritter verstößt m.E. gegen § 139 HGB; diese Vorschrift geht von der Vererbung aus, ohne daß sich der Erbe allein von der Gesellschafterstellung lösen kann; nach Ansicht von Brox, a.a.O., S. 513, kann der Erbe dagegen die Gesellschafterstellung zurückweisen (analog § 333 BGB), ohne die Erbschaft auszuschlagen. Ablehnend gegenüber dieser Lösung mit eingehender Begründung Rüthers, AcP 168, 263 ff. (269 Anm. 18, 274).

Abgesehen von diesen im Gesetz erwähnten Vereinbarungen ist noch die sogenannte Eintrittsklausel gebräuchlich, die dem Erben oder sonst einem Dritten ein Recht zum Eintritt gibt. Sie unterscheidet sich von der Vererbungsklausel dadurch, daß die Aufnahme erst durch Abschluß eines Aufnahmevertrages erfolgt, wobei die Eintrittsklausel schon ein bindendes Angebot der überlebenden Gesellschafter enthalten kann ⁹⁾.

Diese Arbeit will sich auf die Problematik der Kollision des Erbrechts mit dem Gesellschaftsrecht im Falle des Scheinerben beschränken; aus diesem Grunde wird hier nur die Rechtslage bei unmittelbarer Erbfolge in die Gesellschafterstellung erörtert und die Rechtslage bei den nicht notwendig erbrechtlich bestimmten Eintrittsklauseln außer Betracht gelassen.

Desgleichen wird auf eine Darstellung der Rechtslage bei der Ausscheidensklausel verzichtet, da in diesem Falle nur die fehlerhafte Zurechnung der Ausgleichsforderung (§ 738 BGB) vorliegt, so daß die allgemeinen erbrechtlichen Regeln zur Anwendung kommen ¹⁰⁾, wie wenn eine Darlehnsforderung zum Nachlaß gehört ¹¹⁾.

-
- 9) Hierzu besonders Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der oHG, S. 12 ff., Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdnr. 545 ff. I (§ 39).
- 10) Schlegelberger-Geßler § 138 Rdnr. 24.
- 11) Auch der von Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (274) und LM Nr. 19 zu § 105 HGB Blatt 4 erörterte Fall, daß der Scheinerbe unter Einbringung des Abfindungsguthabens wieder in die Gesellschaft aufgenommen wird, bietet keine Besonderheiten; es handelt sich insofern um den allgemein geregelten Fall, daß einem Gesellschafter die Erfüllung seiner Einlagepflicht unmöglich ist - und nicht um den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wie Fischer a.a.O. S. 278 meint; die Unmöglichkeit der Beitragsleistung führt möglicherweise zur Pflicht zum Ersatz in Geld (ergänzende Vertragsauslegung) oder nach Vollzug der Gesellschaft zur Auflösung (§ 133 Abs. 2 HGB) bzw. zur Ausschliefung (§ 140 HGB) - vgl. insbesondere Hueck, Recht der oHG, S. 40, 42.

Im Hinblick darauf, daß die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer oHG oder KG als Existenzgrundlage und Hauptberuf von besonderer Bedeutung ist, soll im folgenden zuerst die "fehlerhafte Vererbung" dieser Stellung im Falle einer Vererbungsklausel entsprechend § 139 HGB erörtert werden.

2. Teil Der Scheinerbe als Nachfolger eines persönlich haftenden Gesellschafters

§ 2 Das Problem

In dem Fall, daß der Gesellschaftsvertrag die nach §§ 131 Ziff. 4, 139 HGB zulässige Vererbungsklausel enthält, wird die Nachfolge in die Gesellschafterstellung nach dem Erbrecht entschieden; gemäß § 1922 Abs. 1 BGB ist also automatisch Inhaber aller Rechte des Gesellschafter-Erblassers - und somit auch persönlich haftender Gesellschafter - geworden, wer in Wahrheit Erbe ist.

Für den Fall des Scheinerben eines persönlich haftenden Gesellschafters hat das Gesetz keine besondere Regelung getroffen. Der Scheinerbe ist demnach nicht Gesellschafter geworden; soweit das Testament angefochten worden ist oder der Scheinerbe für erbunwürdig erklärt worden ist, wird seine Stellung als persönlich haftender Gesellschafter rückwirkend vernichtet ¹⁾.

Daraus ergeben sich weitreichende Folgen für das Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft, wenn der Scheinerbe als Gesellschafter behandelt worden und als solcher tätig gewor-

1) So ohne nähere Stellungnahme für den Fall der Erbunwürdigkeit: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 10; RGRK-HGB-Weipert § 139 Anm. 18; Rokas, Die Teilhaberschaft an der oHG und ihre Vererbung, S. 46, 47 Anm. 118 (auch für Anfechtung); grundsätzlich Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (276 ff., 281 ff.) und LM Nr. 19 zu § 105 HGB Blatt 4 Rücksl., ihm folgend Baumbach-Duden § 105 HGB Anm. 8 D, § 131 HGB Anm. 5 F.

den ist. Durch die rückwirkende Geltendmachung der fehlenden "Gesellschaftererben"-Stellung wird auch die Grundlage der zwischenzeitlichen Gesellschaftstätigkeit zerstört; eine solche Entwicklung ist aber in allen Fällen des Scheinerben, die oben dargestellt wurden, zwangsläufig, da die Fehlerquellen nicht sichtbar sind.

Es ist daher problematisch, wie sich nach Aufdeckung der wahren Erbfolge die Verhältnisse der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter, des wahren und des vermeintlichen Erben gestalten, insbesondere, wie die zwischenzeitlichen Rechtshandlungen der Gesellschaft und der Gesellschafter zu beurteilen sind und wie eine Abwicklung unter den Beteiligten möglich ist.

§ 3 Die Rechtslage bei strikter Gesetzesanwendung

I Das Außenverhältnis

1) "Organ"stellung und Haftung der Beteiligten

Auf das Außenverhältnis bezogen, führt die oben skizzierte gesetzliche Regelung der §§ 139, 131 Nr. 4 HGB, § 1922 BGB dazu, daß der Scheinerbe nicht Organ der Gesellschaft geworden ist; denn diese Stellung ist nach den §§ 123 ff. HGB von der Gesellschafterstellung abhängig ¹⁾, und Gesellschafter ist der Scheinerbe nicht geworden.

Kann der Scheinerbe somit die Gesellschaft nicht gemäß § 125 HGB vertreten, so kann die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte des Scheinerben allenfalls auf Grund des Rechtscheins verpflichtet werden, der dadurch erzeugt worden ist, daß der Scheinerbe als Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen worden oder als solcher aufgetreten ist ²⁾.

-
- 1) Die Bezeichnung "organschaftlich" hat sich bei der oHG und KG hinsichtlich der Vertretungsmacht und der deliktischen Haftung der Gesellschaft durchgesetzt, Hueck, Recht der oHG, S. 200; Schlegelberger-Geßler § 125 Rdnr. 2.
 2) Vgl. hierzu Schlegelberger-Geßler § 123 Rdnr. 11.

Jedoch hat - was für diese Haftung entscheidend ist ³⁾ - nicht die oHG, also die Gesamtheit der Gesellschafter, diesen Rechtsschein erweckt; dies haben vielmehr nur die übrigen Gesellschafter getan, die die Eintragung herbeigeführt (§§ 107, 143, 108 Abs. 1 HGB) oder das Auftreten des Scheinerben geduldet haben. Dem nicht beteiligten wahren Erben kann infolgedessen dieser Rechtsschein auch nicht insoweit zugerechnet werden, als die Gesellschaft und ihr Vermögen betroffen sind; der Scheinerbe ist nämlich auch nicht im Namen des wahren Erben aufgetreten, sondern für die übrigen Gesellschafter und sich selbst.

Im übrigen stünde einer Verpflichtung des wahren Erben auch entgegen, daß nach der Regelung des Erbrechts der Scheinerbe den wahren Erben selbst dann nicht verpflichten kann, wenn ein Erbschein vorliegt und die Vertragspartner gutgläubig - im Sinne des § 2366 BGB - sind ⁴⁾.

Mangels einer zurechenbaren Verursachung des Rechtsscheins durch alle Gesellschafter kommt also nach den bisher entwickelten Grundsätzen über den Rechtsschein eine Haftung der Gesellschaft für Rechtsgeschäfte des Scheinerben als "vertretungsberechtigten Gesellschafters" nicht in Betracht und somit auch keine persönliche Haftung des wahren Erben gemäß § 128 HGB; vielmehr haften nur die übrigen Gesellschafter und der Scheinerbe, die den Rechtsschein verursacht haben, entsprechend §§ 125, 128, 15, 5 HGB jedem Gutgläubigen für die vom Scheinerben eingegangenen Verbindlichkeiten.

Aus der fehlenden Gesellschafterstellung des Scheinerben folgt weiterhin, daß die Gesellschaft auch nicht entsprechend § 31 BGB für Delikte haftet ⁵⁾, die der Scheinerbe in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat. Es tritt insoweit auch keine Verpflichtung der Gesellschaft oder der

3) Hueck, Recht der oHG, S. 34; Schlegelberger-Geßler § 123 RdNr. 11 und 13.

4) Erman-Bartholomeyczik § 2366 Anm. 3; Kipp-Coing S. 458.

5) Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung des § 31 BGB für die oHG: Hueck, Recht der oHG, S. 199.

Gesellschafter nach den Grundsätzen des Rechtsscheins ein, da bei Delikten kein schutzwürdiges Vertrauen Dritter gegeben ist ⁶⁾.

Liegen jedoch die Voraussetzungen des § 831 BGB vor ⁷⁾, muß die Gesellschaft für die Handlungen des Scheinerben haften, weil insofern nur entscheidend ist, ob sich die Gesellschaft tatsächlich ⁸⁾ des Scheinerben als Verrichtungsgehilfen bedient hat; insoweit müßten dann auch die Gesellschafter unter Einschluß des wahren Erben gemäß § 128 HGB persönlich ⁹⁾ haften.

Soweit andererseits die übrigen Gesellschafter im Rahmen ihrer "Organ"stellung, die durch den Erbfall nicht geändert wird, tätig geworden sind, werden die Gesellschaft und somit die Gesellschafter gemäß § 128 HGB verpflichtet. Dies gilt auch für den wahren Erben, der zu diesem Zeitpunkt in der Regel nichts von seiner Stellung als Gesellschafter weiß; er hat allerdings später noch die Möglichkeit, die Haftung nach § 139 Abs. 4 HGB zu beschränken.

Desgleichen muß der Scheinerbe für Rechtsgeschäfte der übrigen Gesellschafter entsprechend § 128 HGB wegen des Rechtsscheins auf Grund seines Auftretens und seiner Eintragung als Gesellschafter in das Handelsregister entsprechend § 128 HGB Gutgläubigen haften ¹⁰⁾.

2) Ergebnis und Kritik

Diese Regelung des Außenverhältnisses im Falle eines Irrtums über die wahre Erbfolge ist für alle Beteiligten wenig befriedigend. Denn einerseits sind Geschäfte, die mög-

6) Schlegelberger-Hildebrandt §15 Rdnrn. 3, 4; demgegenüber bejahen Baumbach-Duden § 15 Anm. 2 H Haftung, wenn das Delikt im Geschäftsverkehr begangen ist.

7) Ablehnend zur Haftung für Gesellschafterdelikte nach § 831 BGB bei der GbR BGH 45, 311 (313).

8) Erman-Drees § 831 Anm. 3 b.

9) Der wahre Erbe hat jedoch noch die Beschränkungsmöglichkeiten des § 139 HGB.

10) Schlegelberger-Geßler § 123 Rdnrn. 11 - 13.

cherweise nur nach dem Zufall der Geschäftsverteilung vom Scheinerben abgeschlossen wurden, für die Gesellschaft nicht wirksam oder zumindest in der Schwebe. Ein solcher Zustand der Unsicherheit, der sich bei längerer Dauer vergrößert, ist bei einer Handelsgesellschaft kaum tragbar, dieses Risiko ist aber notwendige Folge der Vererblichkeit.

Andererseits muß der wahre Erbe für die Handlungen der übrigen Gesellschafter haften, obwohl er diese, da er seine Widerspruchs- und Beschlußmitwirkungsrechte (§§ 114 ff. HGB) nicht kannte, nicht entsprechend seiner Gesellschafterstellung beeinflussen konnte. Selbst wenn seine Einflußmöglichkeiten nach dem Gesellschaftsvertrag schwach gewesen wären, hätte er in der Zwischenzeit durch Kündigung ausscheiden oder gegebenenfalls unter den Voraussetzungen des § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen können, wenn ihm die Geschäftspolitik der übrigen Gesellschafter zu riskant erschien oder das Verhalten einzelner Gesellschafter nicht zusagte. In jedem Fall hätte er aber von vornherein von den Rechten, die ihm § 139 HGB gewährt, Gebrauch machen können. So aber werden sein Verbleiben und seine Haftung allein durch die Entscheidung des Scheinerben bestimmt.

II Das Innenverhältnis

1) Innenverhältnis und Erbschein

Auch das Innenverhältnis der Gesellschaft wird durch den Irrtum über die Erbfolge nicht unerheblich gestört. Soweit die übrigen Gesellschafter mit dem Scheinerben den Gesellschaftsvertrag geändert haben, sind diese Änderungen, wenn der Scheinerbe ohne Erbschein gehandelt hat, von Anfang an unwirksam; denn ein Gesellschaftsvertrag kann nur von allen Gesellschaftern gemeinsam geändert werden ¹¹⁾. In diesem Falle fehlt es aber an der Mitwirkung des wahren Erben, der allein Gesellschafter als Nachfolger des Erblassers ist.

¹¹⁾ Hueck, Recht der oHG, S. 118.

Die Folgen dieser Unwirksamkeit sind nicht nur auf das Innenverhältnis beschränkt; viele Vertragsänderungen haben weitgehende Auswirkungen auf die Stellung der Gesellschaft im Rechtsverkehr, so etwa Ausscheiden oder Beitritt eines neuen Gesellschafters, Änderung der Vertretungsmacht, Umwandlung in eine KG oder Umwandlung einer Kommanditistenstellung in die eines Komplementärs.

Eine Anerkennung dieser Vertragsänderungen bis zur Aufdeckung der wahren Rechtslage entsprechend den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ist hier nicht möglich, da auch nach dieser Lehre ¹²⁾ die Beteiligung aller Gesellschafter an dem fehlerhaften Vertragsschluß erforderlich ist ¹³⁾.

Somit gilt auch hier für das Außenverhältnis, daß auf die Änderungen vertrauende Dritte nur nach den Regeln über die Rechtsscheinshaftung geschützt werden, was, wie oben dargelegt ¹⁴⁾, aber nur zu einer Haftung des Scheinerben, der Gesellschafter und der neu eingetretenen Gesellschafter führen kann, nicht aber zu einer Haftung des wahren Erben.

Auch wenn der Scheinerbe einen Erbschein hat und die übrigen Gesellschafter gutgläubig im Sinne der §§ 2366, 2367 BGB sind, kann nicht ohne weiteres die Wirksamkeit aller Vertragsänderungen bejaht werden, insbesondere nicht allein mit der Begründung, es liege eine Inhaltsänderung der Gesellschaftsstellung und somit eine Verfügung über den Gesellschaftsanteil vor ¹⁵⁾. Diese auf den ersten Blick einleuchtende Begründung wäre rein begrifflich, denn der Gesetzgeber kannte den Gesellschaftsanteil in seiner Komplexität noch

12) Hueck, Recht der oHG, S. 71 - 73, Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 34, Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnrn. 62 n - p, BGH DB 56,65 und Fischer, NJW 55, 849 (851, 852) halten die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bei statusändernden Vertragsänderungen für anwendbar; a.A. Ganßmüller NJW 56, 698 (699).

13) BGH WM 62, 1353 (1354); Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 62 n.

14) § 3 I 1), S. 7 ff.

15) So aber R. Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (277, 283).

nicht als Recht ¹⁶⁾ im Sinne der §§ 2366, 2367 BGB. Diese Bezeichnung ist vielmehr ein Ordnungsbegriff für die Gesamtheit von Rechten und Pflichten eines Gesellschafters; aus diesem dürfen daher Rechtsfolgen nicht hergeleitet werden ¹⁷⁾.

Es muß vielmehr berücksichtigt werden, daß Änderungen des Gesellschaftsvertrages in der Regel nicht nur eine Verfügung über Gesellschafterrechte, sondern untrennbar auch eine Verpflichtung der Gesellschafter zum Inhalt haben.

Diese Besonderheit der gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäfte, die sich auch sonst nicht ohne weiteres in das Vertragsrecht einordnen lassen ¹⁸⁾, zwingt zu einer besonderen Prüfung, inwieweit die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2366, 2367 BGB, die nicht auf Änderungen eines Gesellschaftsvertrags zugeschnitten sind, Anwendung finden können. Die einzelnen Vertragsänderungen müssen also nach ihren Auswirkungen analysiert werden, damit die Frage beantwortet werden kann, ob und gegebenenfalls wieweit der Erbscheinserbe in der Gesellschaft den wahren Erben binden kann, wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 2366, 2367 BGB bei den übrigen Gesellschaftern vorliegen.

2) Die einzelnen Vertragsänderungen und Handlungen im Innenverhältnis

Ein Vertrag über die Aufnahme eines neuen Gesellschafters enthält eine Verfügung über die Gesamthandsberechtigung eines jeden Gesellschafters, denn durch die darin liegende Einräumung einer solchen Berechtigung an einen neuen Gesellschafter ¹⁹⁾ werden auch die Rechte der aufnehmenden Gesellschafter inhaltlich geändert.

Mit dieser Änderung der Gesamthandsberechtigung ist aber

-
- 16) Dies wird schon daraus erkennbar, daß sich die Übertragbarkeit erst in neuerer Zeit durchgesetzt hat; siehe hierzu Hueck, Recht der oHG, S. 288 ff.
 17) Reinicke JuS 64, 421; Larenz, Methodenlehre, S. 54; Heck, AcP 112, 1 (71, 72).
 18) Hueck, Recht der oHG, S. 36 ff.
 19) Hueck, Recht der oHG, S. 286.

auch die Begründung der Gesellschafterpflichten aller Gesellschafter gegenüber dem Eintretenden verbunden; außerdem wird der Eintretende als persönlich haftender Gesellschafter im Regelfall (§ 125 HGB) auch Vertreter der Gesellschaft und somit der Gesellschafter.

Angesichts dieser Konsequenzen, die ein zwischenzeitlich abgeschlossener Aufnahmevertrag für die Gesellschafter und daher für den wahren Erben hätte, wird ersichtlich, daß ein Aufnahmevertrag mehr als eine Verfügung im Sinne des § 2367 BGB zum Inhalt hat; diese Bestimmung ist daher nicht anwendbar, da der Vertrauensschutz des Erbscheins nicht so weit geht, daß der Scheinerbe den wahren Erben verpflichten kann²⁰⁾; noch weniger ist der Scheinerbe nach dieser Bestimmung in der Lage, einen Vertreter des wahren Erben zu bestellen, wie es hier geschehen würde.

Gegen eine Wirksamkeit der Aufnahme spricht im übrigen auch die Stellung des neuen Gesellschafters; denn auch dieser verpflichtet sich nur den Vertragschließenden. Anderenfalls müßte er sich die Geschäftsführung und Vertretung des ihm unbekannten wahren Erben gefallen lassen und für dessen Handlungen persönlich (oder als Kommanditist mit der Einlage) haften.

Die zwischenzeitliche Aufnahme eines neuen Gesellschafters unter Beteiligung des Scheinerben ist also immer unwirksam.

Nach alledem kann auch eine zwischenzeitliche Erweiterung oder Begründung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis selbst bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 2367 BGB nicht wirksam sein, da auch darin eine verpflichtende Bindung des wahren Erben für die Zukunft liegen würde.

Gegen die Wirksamkeit einer Einschränkung dieser Rechte, die in der Regel auch Pflichten sind, bestehen dagegen keine Bedenken, da insofern nur ein Verzicht auf das Recht des

20) Erman-Bartholomeyczik § 2366 Anm. 3; Kipp-Coing, Erb-recht, S. 458.

Erben-Gesellschafter auf Geschäftsführung und Vertretung durch den anderen Gesellschafter vorliegt; ein Verzicht auf Rechte wird jedoch durch § 2366 BGB gedeckt ²¹⁾.

Selbstverständlich können nach alledem auch nicht wirksame Einlageverpflichtungen des wahren Erben durch den Scheinerben begründet werden, ebenso wie Beschlüsse, die grundsätzlich einstimmig ergehen müssen ²²⁾, jedenfalls, wenn sie Verpflichtungswirkung haben, vom Erbscheinserben nicht wirksam für den wahren Erben mitgefaßt werden können. Soweit nach dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag Mehrheitsprinzip herrscht, ist der wahre Erbe immer dann gebunden, wenn ohne seine Stimme oder die Stimmabgabe des Scheinerben die erforderliche Mehrheit erreicht war.

Dagegen liegt in der Vereinbarung, daß ein bisheriger Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt, nur eine Verfügung - nämlich ein Verzicht - der verbleibenden Gesellschafter auf ihre gesellschaftsrechtlichen Ansprüche gegen den Ausscheidenden; daher sind in diesem Falle die §§ 2367, 2366 BGB auf zwischenzeitliche Ausscheidensvereinbarungen anwendbar, da dem wahren Erben dadurch keine neuen Pflichten auferlegt werden. Insbesondere trifft die Verpflichtung zur Zahlung des Abfindungsguthabens nur den Scheinerben persönlich, der die Vereinbarung im eigenen Namen abgeschlossen hat. Soweit dieser mit eigenen Mitteln geleistet hat, kann der wahre Erbe nach § 2022 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig sein, da ihm der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen mit angewachsen ist.

Die Rechtslage muß meines Erachtens auch gleich beurteilt werden, wenn ein bisheriger Gesellschafter in der Zwischenzeit nicht durch besonderen Vertrag, sondern auf Grund vertraglicher oder gesetzlicher (§ 132 HGB) Kündigung ausgeschieden ist. Auch in diesem Fall ist nur eine Verfügung gegeben; sie

21) Palandt-Keidel § 2367 Anm. 1.

22) Hueck, Recht der oHG, S. 119.

liegt in der Zustellung der Kündigung ²³⁾ an den Scheinerben. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß in diesem Falle auch den wahren Erben als Gesellschafter die Abfindungspflicht nach § 738 BGB trifft; denn diese ist keine neu auferlegte Pflicht, sondern nur eine im ursprünglichen Vertrag vorbestimmte Folge der Kündigung, gegen die sich der wahre Erbe auch dann nicht hätte wehren können, wenn er in der Gesellschaft gewesen wäre. Andererseits wäre im Falle der Erbfolgeklausel ein sicheres Ausscheiden auf Grund zulässiger Kündigung unmöglich.

Ein bisheriger Gesellschafter kann also in der Zwischenzeit gemäß §§ 2366, 2367 BGB wirksam aus der Gesellschaft ausscheiden.

Auch soweit der Scheinerbe selbst seinen Austritt durch Kündigung oder Vertrag herbeiführt, müßten danach §§ 2367, 2366 BGB anwendbar sein, denn auch in diesem Falle tritt nur eine Aufhebung der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und eine Befreiung von den Pflichten ein; dem wahren Erben werden aber keine neuen Pflichten auferlegt.

Was hier über das Ausscheiden ausgeführt wurde, gilt auch, wenn alle Gesellschafter nacheinander oder zugleich ausscheiden und ein Gesellschafter oder der Scheinerbe das Gesellschaftsvermögen entsprechend § 142 Abs. 3 HGB ²⁴⁾ übernimmt.

Weiterhin ist denkbar, daß in der Zwischenzeit einem Gesellschafter oder dem Scheinerben eine Kommanditistenstellung eingeräumt wird, wobei insbesondere zu beachten ist, daß der Scheinerbe die Kommanditistenstellung gemäß § 139 Abs. 1 HGB verlangt haben kann; auch diese Vereinbarungen würden zu keiner Neubegründung oder Erweiterung von Pflichten für den wahren Erben führen, sondern nur zu einem Verzicht oder einer Einschränkung von dessen Gesellschafterrechten; aus diesem Grunde bleibt der wahre Erbe auch hier an die Vereinbarungen

23) Zur Kündigung gegenüber Erbscheinserben als Verfügung im Normalfall des § 2367 BGB siehe Erman-Bartholomeyczik § 2367 Anm. 2.

24) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Vereinbarungen: Schlegelberger-Geßler § 142 Rdnr. 12.

des Scheinerben gemäß §§ 2367, 2366 BGB gebunden ²⁵⁾.

Schließlich ist es möglich, daß in der Zwischenzeit die Gesellschaft, sei es durch Kündigung eines Gesellschafters (oder seines Gläubigers), sei es durch Vereinbarung unter den Gesellschaftern, aufgelöst worden ist; auch hier ist meines Erachtens Wirksamkeit des zur Auflösung führenden Rechtsgeschäfts anzunehmen, wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 2366, 2367 BGB (Gutgläubigkeit und Erbschein) vorgelegen haben; in diesem Rechtsgeschäft liegt nämlich keine Erweiterung der Gesellschafterpflichten, sondern nur eine Beschränkung auf den Abwicklungszweck; im übrigen liegt ein wechselseitiger Verzicht der Gesellschafter auf ihren gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Förderung des Gesellschaftszwecks vor.

Es kann daher auf die Ausführungen zum Ausscheiden verwiesen werden.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß nur dann ein Gutglaubensschutz gemäß §§ 2367, 2366 BGB in der Gesellschaft möglich ist, wenn das betreffende Rechtsgeschäft für den wahren Erben nicht zu einer Erweiterung oder Neubegründung von Pflichten, sondern nur zu einer Aufgabe von Gesellschafterrechten führt. Bei welchen Vertragsänderungen dies der Fall ist, wurde oben dargelegt. Auch diese Fälle sind jedoch noch problematisch, weil häufig eine solche nur verfügende (§ 2367 BGB) Vertragsänderung mit einer anderen verpflichtenden verbunden ist - so wird etwa das Ausscheiden eines Gesellschafters mit dem Eintritt eines neuen oder der Erweiterung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht eines bisherigen Gesellschafters gekoppelt sein.

3) Ergebnis und Kritik

Der Grundsatz des Erbrechts, wonach nur der wahre Erbe Gesellschaftererbe ist, führt nach alledem auch im Innenver-

²⁵⁾ So auch Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (277) zur Ausübung des Wahlrechts.

hältnis der Gesellschaft zu großen Komplikationen. Wie gezeigt wurde, ist bei einer Gesellschaft mit Erbfolgeklausel immer ein Unsicherheitsrisiko gegeben, und zwar nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit; denn nach dieser Regelung kommt den erheblichen tatsächlich vollzogenen Strukturveränderungen der Gesellschaft durch Vertragsänderungen selbst dann kein rechtlicher Bestand zu, wenn die sonstigen Voraussetzungen für einen erbrechtlichen Vertrauensschutz vorliegen (§§ 2367, 2366 BGB).

Nichtsdestoweniger ist die Gesellschaft aber allein nach dieser Ordnung tätig geworden.

III Die Abwicklung

1) Gesellschafterstellung ex tunc

Ist die wahre Rechtslage hinsichtlich der Erbfolge aufgedeckt, so bedarf es zur Anpassung weder einer Aufnahmeklage noch eines Vertrages, der wahre Erbe ist seit dem Erbfall allein nach § 1922 Abs. 1 BGB Inhaber aller vererblichen Rechte des Erblassers - also auch allein Gesellschafter - gewesen und ist es also auch jetzt. Da demnach der Scheinerbe nie Gesellschafter war, ist auch eine Ausschlußklage nicht notwendig ²⁶⁾.

Auch der Gesellschaftsvertrag bedarf keiner besonderen Anpassung, es gilt und hat gegolten der Vertragszustand im Zeitpunkt des Erbfalles; Änderungen sind nur insofern wirksam, als nach obigen Ausführungen die §§ 2367, 2366 BGB anwendbar sind ²⁷⁾.

Das bedeutet zum Beispiel für neue Gesellschafter, daß sie nie Gesellschafter gewesen sind, für (ohne Erbschein) ausgeschiedene, daß sie noch Gesellschafter sind, ohne daß dies besonders vereinbart werden müßte oder eine Klage erforderlich wäre.

26) Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (276, 278, 281, 282, 283).

27) Siehe hierzu § 3 II 2), S. 12 ff.

2) Ansprüche zwischen wahren Erben, Scheinerben und Gesellschaftern

Bei der wirtschaftlichen Abwicklung können Ansprüche in mehrfacher Hinsicht bestehen.

Da der wahre Erbe - und nicht der Scheinerbe - Gesellschafter ist, stehen dem wahren Erben auch nur die Gewinnanteile für die Zwischenzeit zu ²⁸⁾, obwohl er nicht als Gesellschafter tätig geworden ist.

Somit haben alle Auszahlungen an den Scheinerben nicht zur Befreiung der übrigen Gesellschafter geführt, vielmehr sind die Gewinnanteile vom Erbfall an dem Kapitalkonto des wahren Erben zuzuschreiben und von den übrigen Gesellschaftern nachzuschießen; sie müssen beim Scheinerben gemäß § 812 BGB Regreß nehmen ²⁹⁾.

Hatte der Scheinerbe jedoch einen Erbschein und waren die Gesellschafter gutgläubig, so konnten die Gesellschafter gemäß § 2367 1. Altern. BGB an den Scheinerben mit befreiender Wirkung den Gewinn auszahlen; der wahre Erbe muß dann bei diesem gemäß §§ 2018 ff. (§§ 2019, 2020) BGB Regreß nehmen ³⁰⁾.

Fraglich ist jedoch, ob der wahre Erbe Anspruch auf den vollen Gewinn hat und andererseits, welche Ansprüche der Scheinerbe, der mitgearbeitet und gehaftet hat, geltend machen kann.

Eine Minderung des Gewinns des wahren Erben kann nur in Betracht kommen, wenn er zur Geschäftsführung verpflichtet ist; anderenfalls wird allerdings der Scheinerbe auch kaum mitgearbeitet haben.

Inwieweit der geschäftsführungsverpflichtete wahre Erbe den vollen Gewinnanteil verlangen kann, obwohl er nicht mitgearbeitet hat, muß danach beurteilt werden, ob er sonst als Gesellschafter dieser Gesellschaft seinen vollen Gewinnanteil auch dann erhält, wenn er schuldlos seiner Gesellschafter-

28) Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (276).

29) Fischer, a.a.O., S. 276, 277.

30) Fischer, a.a.O., S. 277, 283.

pflicht zur Geschäftsführung nicht nachgekommen ist.

Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sich die Gewinnbeteiligung eines Gesellschafters mindert, wenn er seiner Geschäftsführungspflicht nicht nachkommen kann, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten ³¹⁾.

Entscheidend kann nur sein, ob der Gewinnanteil in der konkreten Höhe auch ein Entgelt für die Geschäftsführung darstellt, denn in diesem Fall wird ein Teil der entsprechenden Gegenleistung nicht erbracht ³²⁾, so daß analog § 323 Abs. 1 Satz 2 BGB die Gewinnbeteiligung entsprechend zu mindern ist.

Ob zwischen Geschäftsführungspflicht und Gewinnanteil ein solches Wechselverhältnis besteht, ist nach dem Gesellschaftsvertrag zu beurteilen. In der Regel wird dieses Wechselverhältnis - sowohl bei Gewinnverteilung nach Köpfen oder Prozentsätzen wie bei besonderer Tätigkeitsvergütung ³³⁾ - anzunehmen sein, denn auch das Gesetz geht von gleicher Geschäftsführungspflicht (§ 114 Abs. 1 HGB) und daher gleicher Gewinnbeteiligung (§ 121 Abs. 3 HGB) aller Gesellschafter aus, wäh-

31) Diese Fragen werden in der Literatur vor allem für den Fall der Ausschließung (§ 117 HGB) oder der Aufgabe der Geschäftsführung erörtert. Einen Einfluß der Unmöglichkeit der Geschäftsführung auf den Gewinnanteil bestreiten Schlegelberger-Geßler § 121 Rdnr. 8, der aber in § 105 Rdnr. 51 bei Unmöglichkeit sonstiger Beitragspflichten Minderung annimmt, was heute allgemein anerkannt ist (Hueck, Recht der oHG, S. 42, 43; RGRK-HGB-Weipert § 105 Anm. 83; im Grundsatz auch RGRK-HGB-Fischer § 105 Anm. 47 e); weiterhin Staudinger-Kesler § 705 Rdnr. 18; OLG Düsseldorf NJW 56, 1802 (1803), wo der Gesellschafter allerdings erkrankt war (gegen allgemeine Aussage in diesem Urteil Heins NJW 57, 345 (346)); nach dieser Ansicht können die übrigen Gesellschafter nur auf Auflösung klagen, für die Zwischenzeit gilt die volle Gewinnregelung. Fischer NJW 59, 1057 (1063) vertritt dagegen Pflicht zur Vertragsänderung, wenn eine besonders günstige Beteiligung eingeräumt sei; zusammenfassende Darstellung bei Ganßmüller, Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der oHG und KG, S. 23 ff.

32) Ganßmüller, a.a.O., S. 23.

33) So nimmt RGRK-Weipert § 117 Anm. 26 auch bei schuldloser Unmöglichkeit Entfallen der Tätigkeitsvergütung an.

rend die Kapitalbeteiligung vorab verschieden honoriert wird, entsprechend der Höhe der Einlage eines jeden Gesellschafters (§ 121 Abs. 1 und 2 HGB). Selbst bei abweichenden Vertragsvereinbarungen wird in der Regel ein solches Äquivalenzverhältnis bestehen; jedoch sind Ausnahmen, die nur im Einzelfall festgestellt werden können, möglich.

Nach alledem muß grundsätzlich ein Gesellschafter, der seiner Geschäftsführungspflicht nicht nachgekommen ist, sich gefallen lassen, daß ihm von seinem Gewinnanteil der Betrag zu Gunsten der übrigen abgezogen wird, der seiner Tätigkeit entsprach³⁴⁾; Ausnahmen sind möglich und können sich aus dem Vertrag ergeben³⁵⁾.

Danach muß sich der geschäftsführungsverpflichtete wahre Erbe, weil er nicht mitgearbeitet hat, grundsätzlich einen angemessenen Betrag von seinem Gewinnanteil für die Zwischenzeit abziehen lassen, wenn sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, daß der Erblasser oder der Erbe auch ohne Tätigkeit seinen vollen Gewinnanteil erhalten sollte, wofür im Einzelfall insbesondere sprechen kann, daß keine Gewinnminderung für den Fall der Wahl der Kommanditistenstellung vereinbart ist (§ 139 Abs. 5 HGB).

Andererseits hat der Scheinerbe, wenn er nicht die Kommanditistenstellung gewählt hat, mitgearbeitet und möglicherweise andere Beiträge geleistet, ohne daß zwischen ihm, den Gesellschaftern und dem wahren Erben ein Gesellschaftsverhältnis bestand; all diese Leistungen sind daher ohne Rechts-

34) Siehe Ganßmüller, a.a.O., S. 32, 38, der in diesem Fall von negativer Tätigkeitsvergütung spricht.

35) So insbesondere, wenn das Risiko von der Gesellschaft bewußt übernommen, etwa bei einer Familiengesellschaft (so besonders BGH VI ZR, 156/63 v. 6. Okt. 1964) oder Aufnahme eines alten Gesellschafters (Beispiel von Weipert, RGRK-HGB § 117 Anm. 26); weiterhin sind §§ 325 (Verschulden anderer Gesellschafter), 615 (Annahmeverzug) und 616 (Treupflicht bei Krankheit) BGB entsprechend sowie § 110 HGB (etwa Unfall auf Geschäftsfahrt) anwendbar; vgl. hierzu Ganßmüller, a.a.O., S. 38.

grund erbracht. Der Scheinerbe kann also seine Beiträge (Patente, Grundstücke etc.) einschließlich Nutzungsersatz gemäß §§ 812, 818 BGB von den Gesellschaftern zurückverlangen. Aus dem gleichen Grunde steht ihm auch gemäß §§ 812, 818 Abs. 3 BGB ein Anspruch auf Ersatz des Wertes seiner Arbeit zu.

Desgleichen kann ein Anspruch auf Aufwandersatz gemäß § 683 Abs. 1 BGB begründet sein, da die einzelnen Handlungen des Scheinerben gegenüber den Gesellschaftern, nicht gegenüber dem wahren Erben Geschäfte in fremdem Interesse sind. Eine Bewertung der Haftung bliebe dabei jedoch außer Betracht.

Im übrigen kann der Scheinerbe auch vom wahren Erben gemäß § 102 BGB eine Vergütung für seinen Arbeitsaufwand verlangen, da er - wie oben dargelegt - die Gewinne, die als Früchte der Gesellschafterstellung im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB anzusehen sind ³⁶⁾, herausgeben muß (§ 2020 BGB). Daß zu den zu ersetzenden Fruchtziehungskosten im Sinne des § 102 BGB auch der Arbeitsaufwand gehört, ist auch bei der Herausgabeverpflichtung von Unternehmensgewinnen allgemein anerkannt ³⁷⁾. Die rechtliche Beurteilung muß die gleiche sein, wenn nicht ein Unternehmen und zwischenzeitlicher Gewinn herauszugeben, sondern eine Gesellschafterstellung wieder einzuräumen ist.

Dieser Anspruch findet seine Grenze an der Höhe des Gewinnes.

Erhebliche Schwierigkeiten macht aber die Bewertung der Tätigkeit und der Beitragsleistungen des Scheinerben.

3) Ergebnis und Kritik

Nach alledem ist auch die Abwicklung wenig befriedigend geregelt.

So ist der wahre Erbe von Anfang an Gesellschafter. Wann

36) Staudinger-Coing § 99 Rdnr. 11; Martin Wolff, Ehrenbergs Handbuch, 4. Band, 1. Abt., S. 1 ff. (20).

37) BGH LM 1 zu § 102 BGB, desgl. LM 7 zu § 818 BGB; Soergel-Siebert-Baur § 102 Rdnrn. 2 u. 3; nach Erman-Böhle-Stamschräder § 102 Anm. 2 und RGRK-Kregel § 102 Anm. 2 soll dies nur gelten, wenn Tätigkeit sonst anderweitig verwertet werden könnte.

aber können die Beteiligten sicher wissen, wer der wahre Erbe ist, zumal die Berufsgründe sehr kompliziert sein können? Andererseits aber wird durch die Geltendmachung der Erbenstellung die zwischenzeitliche Ordnung der Gesellschaft in Frage gestellt. Denn es können sich der Scheinerbe und zwischenzeitlich aufgenommene Gesellschafter ohne weiteres von der Gesellschaft lösen, da sie dann nie Gesellschafter gewesen sind; ob aber ein Irrtum über die Erbfolge vorgelegen hat, ist gerade unsicher, diese Unsicherheit lähmt die Tätigkeit der Gesellschaft.

Auch sind die allgemeinen Vorschriften des Schuld- und Erbrechts ungeeignet, einen gerechten wirtschaftlichen Ausgleich unter allen Beteiligten zu schaffen. Denn so stehen verschiedene Anspruchs- und Abrechnungsregelungen nebeneinander. Nur eine einheitliche Regelung trägt aber den besonderen Erfordernissen in einer Handelsgesellschaft Rechnung, so etwa dem Umstand, daß die Tätigkeit des Scheinerben in der Gesellschaft für diesen Hauptberuf war oder daß seine Haftung den Kredit der Gesellschaft gefördert hat.

IV Zusammenfassende Würdigung der Ergebnisse

Die vorstehende Untersuchung hat sich auf die Auslegung der §§ 139 Abs. 1 HGB, 1922 BGB sowie der Nichtigkeitsvorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts, vor allem der des Erbrechts, für den Fall des Scheinerben in der oHG beschränkt.

Dieser Überblick hat deutlich gemacht, daß diese Vorschriften, nach denen nur der wahre Erbe vom Erbfall an Inhaber der Gesellschafterstellung des Erblassers wird, in hohem Maße unzulänglich sind; insbesondere ist die daraus folgende Abwicklung nach allgemeinem bürgerlichen Recht dann als nicht sachgemäß anzusehen, wenn die irrtümlich angenommene Erbfolge in die Gesellschafterstellung von den Beteiligten vollzogen und für längere Zeit zur Grundlage der Gesellschaftstätigkeit gemacht worden ist.

Dabei wurde bisher unterlassen, in den einzelnen unter-

suchten Problemkreisen Korrekturen - etwa im Innenverhältnis unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben oder im Außenverhältnis durch eine Ausweitung der Rechtsscheinhaftung - zu versuchen; denn durch solche Korrekturen wäre das eigentliche Problem nur in einzelnen Bereichen verdeckt, nicht aber insgesamt gelöst.

Dieses Problem besteht gerade darin, daß der Gesellschaftstätigkeit für den Zeitraum zwischen Erbfall und Aufdeckung der wahren Erbfolge rückwirkend die Grundlage entzogen wird.

Dadurch wird nämlich nicht nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander in seiner Ausgewogenheit gestört, sondern auch das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten im Rechtsverkehr. Es läßt sich wegen der Kompliziertheit der erbrechtlichen Berufsgründe nicht einmal ein sicherer Zeitpunkt finden, von dem ab die richtige Ordnung der Gesellschaft wenigstens für die Zukunft feststeht. Das Auftreten eines neuen Prätendenten gefährdet vielmehr die gesamte Gesellschaftstätigkeit, die in der Regel Hauptberuf und Existenzgrundlage der Gesellschafter ist und diese Bedeutung auch für den Scheinerben bekommen hat.

Diese umfassenden Auswirkungen einer "fehlerhaften Vererbung einer Gesellschafterstellung" gebieten daher, eine einheitliche Lösung dieses Gesamtkomplexes zu versuchen. Diese ist nur im Wege der Rechtsfortbildung möglich.

§ 4 Die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung

Heute ist es grundsätzlich anerkannt, daß der Richter nicht nur auf die Auslegung des Gesetzes beschränkt, sondern auch zur Fortbildung des gesetzten Rechtes berufen ist. Diese Aufgabe des Richters war auch dem Gesetzgeber des BGB selbstverständlich ¹⁾.

1) Siehe hierzu die Motive des BGB Mot. I S. 8 = Mugdan I, S. 363: "Handelt es sich um Verhältnisse, welche in keinem der im Gesetz ausgesprochenen Rechtssätze ihre Regelung finden, so hat der Richter an Hand der Gesetzes- und Rechtsanalogie die Norm zu suchen, welche auf das nach Wesen und Zweck, nach seiner inneren Natur richtig gewürdigte Verhältnis in Gemäßheit des Geistes des positiven Rechts anzuwenden ist." Vgl. dazu Art. 1 SchwZGB.

Die verschiedenen methodischen Konzeptionen, wann, wie und in welchen Grenzen dies zu geschehen habe, sind unüberschaubar zahlreich ²⁾; eine Auseinandersetzung mit den einzelnen methodischen Richtungen der Gegenwart oder gar der Vergangenheit ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich; sie würde weit über die gestellte Aufgabe hinausgehen. Ob jedoch im vorliegenden Falle eine Gesetzesergänzung durch richterliche Rechtsfortbildung zulässig und wie diese Rechtsfortbildung durchzuführen ist, hängt entscheidend von der angewandten Methode ab.

Aus diesem Grunde soll hier, unter Beschränkung auf das für die Lösung dieses Problems Notwendige, die methodische Grundlage, auf der die Lösung aufgebaut wird, offen gelegt werden.

Die richterliche Rechtsfortbildung wird nicht dadurch gehindert, daß - wie im vorliegenden Falle - eine gesetzliche Regelung vorhanden ist; denn eine Gesetzeslücke kann anerkanntermaßen nicht nur darin liegen, daß eine gesetzliche - oder gewohnheitsrechtliche - Regelung überhaupt fehlt, sondern auch darin, daß zwar eine allgemeine Regelung gegeben ist, aber eine einschränkende Sonderregelung eines bestimmten Komplexes fehlt ³⁾.

Hier liegt aber auch schon die entscheidende Frage für den Richter: Wann berechtigt ihn das Fehlen einer Regelung zur Rechtsfortbildung? Wonach ist zu entscheiden, ob eine Lücke und nicht nur ein rechtspolitischer Fehler ⁴⁾ vorliegt?

-
- 2) Um die Spannweite der Diskussion aufzuzeigen, sei hier nur auf die leidenschaftliche Auseinandersetzung Flumes, Richter und Recht, S. 29 ff. (besonders 34, 35) mit Viehweg, Topik und Jurisprudenz, verwiesen, wo Flume zur Fortsetzung der seit den Römern bestehenden traditionellen Bindung an Gesetz und Recht aufruft.
- 3) Engisch, Einführung, S. 139; Heck, AcP 112, 1 (208 - 210); Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff., der hier von teleologischer Reduktion spricht; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 59, S. 348 (Restriktion); Reinicke JuS 64, 421; BGH 4, 153 (157).
- 4) Engisch, Einführung, S. 138; Larenz, Methodenlehre, S. 282.

Denn dürfte der Richter auch bei rechtspolitischen Fehlern schon das Recht fortbilden, könnte er also nach freiem Ermessen eine Gesetzeslücke feststellen und so die Grenzen seiner Rechtsfortbildung selbst setzen, dann wäre die verfassungsmäßige Bindung des Richters an Gesetz und Recht aufgehoben ⁵⁾.

Aus dieser Bindung des Richters an Gesetz und Recht folgt, daß auch nur Gesetz und Recht, d.h. die Gesamtrechtsordnung, Maßstab für die Feststellung einer Gesetzeslücke, nicht nur für ihre Ausfüllung sein müssen ⁶⁾.

Der Richter ist also zur Rechtsfortbildung berufen, wenn das Fehlen einer positiven Regelung, gemessen an der gesamten Rechtsordnung, als planwidrige Unvollständigkeit anzusehen ist ⁷⁾.

Bei der Lückenfeststellung liegt also schon die entscheidende vergleichende und wertende Tätigkeit des Richters ⁸⁾, und zwar auch bei der einfachsten Analogie ⁹⁾. Soweit nicht die Lücke darauf beruht, daß eine Norm in sich unvollständig ist, wie etwa im Falle des § 904 Satz 2 BGB ¹⁰⁾, entscheidet der Richter mit der Feststellung der Gesetzeslücke häufig schon über ihre Ausfüllung ¹¹⁾, mindestens aber über den

5) Auf die Frage, wann der Richter ausnahmsweise auch rechtspolitische Fehler korrigieren darf, kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden, insofern sei auf Larenz, Methodenlehre, S. 319 ff. (insbesondere 320) verwiesen.

6) Canaris, a.a.O., S. 39; auch Flume, Richter und Recht,

7) Canaris, a.a.O., S. 39; auch Flume, Richter und Recht, verlangt Anknüpfung an die Gesamtrechtsordnung; ähnlich Engisch, Einführung, S. 138; Larenz, Methodenlehre, S. 286, die auf die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes abstellen.

8) Larenz, Methodenlehre, S. 283, 291; Esser, Grundsatz und Norm, S. 252 Anm. 56; Canaris, a.a.O., S. 71 ff.

9) Vgl. so besonders die Beispiele von Larenz, S. 283 (Anwendung des § 463 Satz 2 BGB auch bei arglistigem Vorspiegeln), S. 289 ff. (Anwendung des § 618 Abs. 1 u. 3 BGB auf bestimmte Werkverträge) aufgenommen bei Canaris, a.a.O., S. 56 bzw. 73.

10) Siehe hierzu Canaris, a.a.O., S. 55, 145 ff., der in diesem Falle von Rechtsverweigerungslücke spricht.

11) Canaris, a.a.O., S. 148 ff. für die Analogie; S. 151 ff. für die teleologische Reduktion.

grundsätzlichen Weg der Ausfüllung ¹²⁾. Das beruht darauf, daß die Gesamtrechtsordnung nicht nur Maßstab dafür ist, ob das Gesetz ergänzungsbedürftig ist, sondern im gewaltenteilenden Staat auch bestimmen muß, wie der Richter das Gesetz zu ergänzen hat.

Inwieweit bei der Lückenfeststellung schon genau über die Ausfüllung entschieden wird, hängt von der Konkretheit des die Lückenfeststellung entscheidenden Maßstabes der Gesamtrechtsordnung ab.

Denn dieser Maßstab für die Lückenfeststellung wird aus der Rechtsordnung in verschiedener Weise gewonnen.

Im einfachsten Falle ist es die Wertung einer einzelnen Bestimmung; die analoge Anwendung auf einen wertmäßig gleich liegenden Fall wird letztlich durch das in der Rechtsidee wurzelnde Gebot, wertmäßig Gleiches gleich zu regeln, 'gefordert' ¹³⁾. Umgekehrt kann sich aus dem Zweck einer allgemeinen Norm die Notwendigkeit der Reduktion für einen besonderen Fall auf Grund des Gleichheitssatzes in seiner negativen Form, Ungleichwertiges ungleich zu behandeln, ergeben ¹⁴⁾. Immer ist jedoch zu prüfen, ob der Gesetzgeber sich nicht bewußt aus bestimmten Gründen, etwa der Rechtssicherheit, über dieses Gleichbehandlungsgebot hinweggesetzt und andere Wertungen getroffen hat ¹⁵⁾.

Es kann aber auch an Hand aus mehreren Normen gewonnener Grundsätze ¹⁶⁾ oder schließlich auf Grund sonstiger Prinzipien ¹⁷⁾ und Rechtswerte ¹⁸⁾, die der Rechtsordnung imma-

12) Canaris, a.a.O., S. 161, für den Fall der Ausfüllung der von ihm sogenannten Prinzip- und Wertlücken.

13) Canaris, a.a.O., S. 56 ff., 71 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 288, 291.

14) Canaris, a.a.O., S. 82, der im Unterschied dazu auf S. 88 auch Fälle teleologischer Reduktion behandelt, die zur Einschränkung der Norm für alle Fälle führen; Larenz, Methodenlehre, S. 296.

15) Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Gesetzgeber eine abschließende Regelung treffen wollte. Auch können Stabilitätsinteressen eine Analogie verbieten, vgl. das Platinbeispiel bei Heck, AcP 112, 1 (190); vgl. auch Canaris, a.a.O., S. 183, 184.

16) Canaris, a.a.O., S. 97.

17) Canaris, a.a.O., S. 93 ff.

18) Canaris, a.a.O., S. 123 ff.

nent oder durch höherrangige Normen vorgegeben sind, die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts festgestellt werden. In diesem Falle geben die noch konkretisierungsbedürftigen Prinzipien den abstrakten Weg für die Lückenausfüllung an ¹⁹⁾.

Diese Prinzipien und Rechtswerte müssen Bestandteil der Rechtsordnung sein; nur, wenn dieser Nachweis geführt wird, können sie der Lückenfeststellung und -ausfüllung dienen ²⁰⁾.

Der Gesetzgeber kann von diesen Prinzipien und Rechtswerten innerhalb bestimmter Grenzen abweichen und andere Wertungen durchsetzen ²¹⁾, die dann beachtet werden müssen, wie auch die nie ganz vermeidbaren Wertungswidersprüche ²²⁾ hinzunehmen sind, wobei der Richter aber immer im Rahmen der Auslegung versuchen muß, den Widerspruch zu beheben ²³⁾.

Es genügt aber nicht nur der Nachweis, daß gesetzliche Wertungen den jeweils als zur Lückenfeststellung relevant erachteten Prinzipien und Rechtswerten nicht widersprechen; entscheidend ist vielmehr, daß sie auch positiv für den Gesetzgeber leitend ²⁴⁾ oder sonst Bestandteil der Rechtsordnung, etwa als Verfassungssatz, sind.

Auf diesem Wege können besonders auch Grundsätze aus neueren, zeitgemäßen Gesetzen für die Fortbildung älteren Rechtes fruchtbar gemacht werden ²⁵⁾.

19) Canaris, a.a.O., S. 161.

20) Canaris, a.a.O., S. 95, 96, 97 ff., 123 ff.

21) Canaris, a.a.O., S. 96.

22) Beispiele bei Engisch, Einführung, S. 160, 161.

23) Engisch, a.a.O., S. 161; Larenz, Methodenlehre, S. 254, 255.

24) Canaris, a.a.O., S. 96, 97 ff., 123 ff.

25) So beispielsweise BGH 4, 153 (158, 159), wo die neueren Bestimmungen über die cessio legis bei Versicherungen mit zur Begründung der beschränkten Abtretung unpfändbarer Forderung herangezogen wurden; besonders aber BGH 42, 210 (217, 218) zur Parteifähigkeit der Gewerkschaften auf Grund der geänderten rechtlichen Grundlagen, vgl. dazu Flume, Richter und Recht, S. 26. Vgl. auch zur Frage des Ausschlusses der rückwirkenden Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen bei vollzogenen Dauerschuldverhältnissen die Argumentation aus dem jüngeren Ehegesetz bei Brox, Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 224 ff.

Diese wertende Tätigkeit des Messens an der Gesamtrechtsordnung setzt jedoch nicht nur die Erforschung des Maßstabes, sondern auch die Kenntnis des zu Messenden voraus, mit anderen Worten, es muß die zu messende Interessenlage analysiert werden ²⁶⁾, bevor sie am Maßstab der Rechtsordnung danach gemessen werden kann, ob eine und gegebenenfalls welche ergänzende Regelung für diesen Interessenkonflikt geschaffen werden muß. Die Interessenanalyse ist also nicht nur für die Ausfüllung der Gesetzeslücke von Bedeutung, sondern schon für die Feststellung der Lücke; sie ermöglicht erst die wertende Tätigkeit des Richters.

Hat der Richter also festgestellt, daß, gemessen an der gesamten Rechtsordnung, ein Interessenkonflikt planwidrig nicht oder nicht vollständig geregelt worden ist, so hat er die so festgestellte Gesetzeslücke wiederum unter Berücksichtigung aller einschlägigen gesetzlichen - auch fernwirkender ²⁷⁾ - Wertungen und der Prinzipien der Rechtsordnung auszufüllen. Er hat dabei die höheren Wertungen und Prinzipien, die eine Ergänzung fordern, für die Entscheidung des vorliegenden Interessenkonfliktes dadurch fruchtbar zu machen, daß er sie konkretisiert und so anwendbare ergänzende Rechtsätze schafft ²⁸⁾.

Hierbei kann das topische Denken auch dem gesetzestreuem Richter wertvolle Hilfe leisten, denn eine Lösung läßt sich häufig nur dadurch entdecken, daß ein Problem von anerkannten, aber auch von neuen Gesichtspunkten aus betrachtet wird ²⁹⁾. Für den an Gesetz und Recht gebundenen Richter kann und darf jedoch das Ziel dieser Tätigkeit nur sein, das Recht im Einklang mit der bestehenden Rechtsordnung fortzubilden, nicht aber neues Recht zu schaffen ³⁰⁾, denn dazu ist allein der

- 26) Insofern kann keinerlei Unterschied zu den Lehren Hecks, besonders AcP 112, 1 (94 ff., 230) und passim, und der ihm Folgenden bestehen.
 27) Heck, AcP 112, 1 (230); Reinicke JuS 64, 421 (426); Canaris, a.a.O., S. 163, 164.
 28) Canaris, a.a.O., S. 161.
 29) Viehweg, Topik und Jurisprudenz, insbesondere S. 64 ff.; Canaris, a.a.O., S. 107.
 30) Flume, Richter und Recht, S. 19, 20; Meier-Hayoz, Berner-Kommentar, Art. 1 Rdnr. 344.

Gesetzgeber legitimiert.

Dabei entscheidet der Richter zwar nur den Einzelfall; da er aber zur Rechtsfortbildung berufen ist, ist er auch berechtigt und verpflichtet, die der Entscheidung zugrunde liegende Regel aufzudecken und aufzustellen ³¹⁾.

Danach hat der richterlichen Rechtsfortbildung nicht eine konkrete, sondern eine generell abstrakte - die typische - Interessenanalyse und Interessenabwägung zugrunde zu liegen ³²⁾. Für die Rechtsfortbildung darf also ebensowenig nur die konkrete Billigkeitslösung des Einzelfalles entscheidend sein, wie sonst die Unbilligkeit eines Einzelfalles nicht zum Abweichen vom Gesetz berechtigt ³³⁾.

Nach dem oben Gesagten ist die so durch den Richter gebildete Regel durch ihre notwendige Orientierung an der Rechtsordnung Teil der Rechtsordnung selbst; sie muß sich in das bestehende Ganze einfügen ³⁴⁾. Die richterliche Rechtsfortbildung steht ebenso wie die Auslegung, von der sie oft nicht zu trennen ist, nicht neben, sondern in der positiven Rechtsordnung, sie ist letztlich Erkenntnis - wenn auch schöpferischer Art - als das Ergebnis wertender Tätigkeit ³⁵⁾.

Aufgabe einer Monographie wie der vorliegenden kann es daher nur sein, die Interessen zu analysieren und nach den Wertungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung abzuwägen, um so die schöpferische richterliche Entscheidung vorzubereiten; das setzt voraus, daß die einzelnen Lebenslagen und Lebensbedürfnisse erforscht werden ³⁶⁾.

§ 5 Die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung

I Die Gesetzesmaterialien

Dem Gesetzgeber waren die Schwierigkeiten im Falle des Scheinerben eines Gesellschafters nicht bewußt. Dies wird

31) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1 Rdnrn. 318 und 340.
32) Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 1 Rdnrn. 320, 321.

33) Larenz, Methodenlehre, S. 297.

34) Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 1 Rdnr. 344; Flume, Richter und Recht, S. 19/20, 25.

35) Larenz, Methodenlehre, S. 301, 302.

36) Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 35, 36.

schon aus der mangelnden Koordination von Gesellschaftsrecht und Erbrecht - etwa bei der Nachfolge der Erbengemeinschaft, der beschränkten Erbfolgeklausele oder der Testamentsvollstreckung - erkennbar ¹⁾.

Bei der Regelung des § 139 HGB kam es dem Gesetzgeber allein darauf an, die Unbilligkeit des Art. 123 Abs. 2, 113 ADHGB zu vermeiden, die sich für den Erben aus der Notwendigkeit ergab, persönlich haftender Gesellschafter zu werden oder die Erbschaft auszuschlagen ²⁾.

Aus den Materialien zu § 727 BGB ³⁾ und § 177 HGB ⁴⁾ geht auch nicht hervor, daß der Gesetzgeber etwa in diesen Fällen der Vererblichkeit einer Gesellschafterstellung die Problematik des Scheinerben gesehen und bewußt so geregelt hat; das wird darauf beruhen, daß der Gesetzgeber die Vererblichkeit in Personengesellschaften nicht als Regelfall, sondern nur als vertraglich zulässig bestimmt hat.

Im übrigen ist an Hand der Materialien auch festzustellen, daß der Gesetzgeber des BGB die Problematik der Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften der §§ 116 ff. BGB - insbesondere des § 142 Abs. 1 BGB - auf vollzogene Dauerrechtsverhältnisse nicht erkannt hat ^{5) 6)}. Auch im vorliegenden Fall beruhen die Schwierigkeiten hauptsächlich darauf, daß der fehlerhafte Eintritt des Scheinerben in die Gesellschaft auf Grund eines nach §§ 116 ff., 2078 ff. BGB nichtigen oder vernichtbaren Testaments vollzogen worden ist ⁷⁾.

Nach alledem hat der Gesetzgeber des BGB und HGB jedenfalls keine bewußte Wertung für den Fall des Scheinerben in einer Personalhandels-gesellschaft getroffen, die eine Rechtsfortbildung verbietet.

1) Siehe Einleitung Anm. 2.

2) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 271, 272.

3) Mugdan, Band II, S. 348 und 996.

4) Hahn-Mugdan, S. 287.

5) Mugdan, Band I, S. 715, 716.

6) So auch Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 225; Staudinger-Coing Vorbem. 23 a vor § 116 BGB.

7) Siehe § 1, S. 2 und 3.

II Die Normen des Erbrechts und der besondere Interessenkonflikt

Die allgemeinen Bestimmungen hinsichtlich des Scheinerben (§§ 2018 ff., 2365 ff. BGB) sind vor allem auf die Rechtsnachfolge in einzelne Berechtigungen - wenn auch in ihrer Gesamtheit - zugeschnitten, nicht aber auf die Rechtsnachfolge in eine Gesellschafterstellung, einen fortdauernden Komplex von Rechten und Pflichten. Dies zeigt vor allem die am Sachenrecht (§§ 985 ff. BGB) orientierte Regelung des Erbschaftsanspruchs, wie sie etwa in der Verweisung des § 2023 BGB deutlich wird ⁸⁾.

Diese Vorschriften dienen der Rückabwicklung fehlerhaft angenommener Zuordnung einzelner Gegenstände und dem Schutz des gutgläubigen Dritten (§§ 2365 ff. BGB); sie entsprechen so im wesentlichen den sonstigen Regelungen des BGB für die Rückabwicklung. Diese Bestimmungen gelten für jeden Fall des Scheinerben, gleichgültig, ob der Irrtum auf einem nichtigen Testament, Erbunwürdigkeit oder Auslegungsfehlern beruht.

Damit tragen diese Vorschriften aber den Besonderheiten der Nachfolge in eine Gesellschafterstellung in ihrer Komplexität nicht Rechnung.

Die Nachfolge in eine Gesellschafterstellung unterscheidet sich gerade dadurch von der Nachfolge in einzelne Berechtigungen, daß sie auch Wirkungen auf die Gesellschaft, die Stellung der Gesellschaft und der Gesellschafter im Rechtsverkehr hat. Der Nachfolger muß notwendig in ein dauerndes Rechts- und Pflichtenverhältnis zu den übrigen Gesellschaftern treten. Auf dieser seiner Mitgliedschaft beruht jetzt die Ordnung der Gesellschaft mit ⁹⁾. Daher zerstört die vollzogene, irrig angenommene Erbfolge die Ausgewogenheit des Außen- und Innenverhältnisses der Gesellschaft selbst in dem Falle,

8) Diese Orientierung des Erbrechts am Sacheigentum und die daher fehlende Berücksichtigung der Besonderheiten der Vererbung der Mitgliedschaft wird zur Frage der Nachfolge der Erbengemeinschaft besonders von Wiedemann, Übertragung ..., S. 154, hervorgehoben.

9) Vgl. § 3, S. 7 ff.

in dem sonst (§§ 2365 ff. BGB) das Vertrauen geschützt wird¹⁰⁾.

Ein Beispiel mag den Unterschied verdeutlichen:

Nicht ein Prätendent eine letztwillige Verfügung erfolgreich an, so führt das zu rückwirkender Vernichtung der Zuordnung der Nachlaßgegenstände; soweit sie nicht wegen § 2366 BGB wirksam veräußert sind, sind sie herauszugeben, im übrigen ist Surrogation eingetreten, die Aufwendungen werden ersetzt, so daß der Scheinerbe weder Gewinn noch Verlust macht, vom Fall der verschärften Haftung bei Rechtshängigkeit abgesehen.

Es liegt also nur ein Interessenkonflikt zwischen Scheinerben und wahren Erben vor; dieser ist sachgemäß geregelt. Die Interessen Dritter sind in § 2365 BGB ausreichend geschützt; ein Schutz darüber hinaus wäre dem BGB fremd¹¹⁾.

Gehört jedoch die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters zur Erbschaft, so führt die Anfechtung zu einem Eingriff in die Ordnung der Gemeinschaft und die Stellung, die diese Gemeinschaft im Rechtsverkehr hatte. Dieser Eingriff ist folgenscher, weil die Tätigkeit einer Gemeinschaft in Frage gestellt wird, auf der die Existenz mehrerer Verpflichtungen (Haftung, Geschäftsführung) und Beschränkungen (Wettbewerbsverbot) verlangt.

Dieser Interessenkonflikt ist der gleiche, wenn andere Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe geltend gemacht werden; er unterscheidet sich also erheblich von dem Interessenkonflikt, der in den allgemeinen Normen hinsichtlich des Scheinerben nach ihrem objektiven Sinn geregelt ist.

Das wird auch noch an einem weiteren Gesichtspunkt deutlich.

Aus § 2078 Abs. 3 BGB ergibt sich, daß niemand in seinem

¹⁰⁾ Siehe § 3 II 2), S. 12 ff.

¹¹⁾ So wird auch sonst niemand beim Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages vor Erfüllung in seinem Vertrauen darauf geschützt, daß der Schuldner Eigentümer ist bzw. daß er nicht inzwischen das Eigentum verliert und so zur Erfüllung außerstande wird oder ist.

Vertrauen auf den Bestand einer letztwilligen Verfügung geschützt wird ¹²⁾. Als diesem Grund ist auch die Anfechtung wegen Motivirrtums zulässig (§ 2078 Abs. 2 BGB), was letztlich auch Grundlage für die im Vordringen befindliche subjektive Auslegung und Ergänzung letztwilliger Verfügungen ist ¹³⁾; eine Auslegung unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts ist mangels schutzwürdiger Interessen nicht geboten ¹⁴⁾.

Im Falle der Erbfolge in eine Gesellschafterstellung sind die übrigen Gesellschafter jedoch gezwungen, den in der letztwilligen Verfügung Bezeichneten als Gesellschafter zu behandeln, solange die Anfechtung oder richtige (evtl. ergänzende) Auslegung nicht geltend gemacht worden ist, denn ohne Einbeziehung des Rechtsnachfolgers kann die Gesellschaft nicht vertragsgemäß weitergeführt werden.

Auch der in der letztwilligen Verfügung als Erbe Eingesetzte ist so lange gezwungen, wenn auch mit den Rechten des § 139 HGB, Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten zu sein, es sei denn, daß er ausgeschlagen hat. Die letztwillige Verfügung bewirkt hier nicht nur eine unentgeltliche Zuwendung, sondern eine Einbeziehung in fortdauernde, tiefgreifende Verpflichtungen (Haftung, Geschäftsführung, Wettbewerbsverbot) und Berechtigungen, die in der Regel die wesentliche Existenzgrundlage aller Beteiligten sind.

Das Vertrauen der Gesellschafter und des Scheinerben auf den Bestand der letztwilligen Verfügung bei Vollzug der Erbfolge in die Gesellschaft erscheint daher insofern in erheblichem Maße schutzwürdig; denn die Anfechtung - oder Berufung auf die richtige Auslegung - bedeutet hier einen Eingriff in die Ordnung der Gesellschaft und nicht nur den Verlust einer unentgeltlichen Zuwendung wie im Normalfalle, der

12) Brox, Erbrecht, S. 46, 63, 64.

13) Brox, Erbrecht, S. 50; ders., Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 136, 145; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 334, 336.

14) Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 137; ders., Erbrecht, S. 46, 47, 63, 64.

auch in anderen Fällen der Bestand versagt wird, weil der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nicht schutzwürdig ist ¹⁵⁾.

III Die Lückenhaftigkeit

1) Unangemessenheit der Erbrechtsnormen

Nach alledem unterscheidet sich der Interessenkonflikt im Falle der vollzogenen Nachfolge eines Scheinerben in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erheblich von dem Interessenkonflikt, der der allgemeinen Regelung des Problems des Scheinerben zugrunde liegt. Eine uneingeschränkte Anwendung dieser allgemein gefaßten Bestimmungen entspricht somit nicht der begrenzten inneren Zwecksetzung dieser Normen und steht im Widerspruch zu grundlegenden Prinzipien und Wertungen des Handels- und Gesellschaftsrechts.

Das gilt insbesondere auch für die Abwicklungsvorschriften (§§ 2018 ff., 985 ff., 812 ff., 677 ff. BGB), die hier sonst zur Anwendung gelangen; sie sind jedenfalls im Regelfall nicht geeignet, einen gerechten Ausgleich zu gewährleisten, da auch sie auf Ersatz einzelner Aufwendungen auf Einzelgegenstände oder Rückabwicklung von Austauschverträgen, nicht aber auf Abwicklung eines durch längere komplexe Tätigkeit im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses geschaffenen Zustandes berechnet sind.

2) Das Prinzip der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei Dauerrechtsverhältnissen

Um diese Ungerechtigkeiten und Schwierigkeiten zu ver-

¹⁵⁾ So auch nicht in den Fällen der §§ 816 Abs. 1 Satz 3, 822, 988 BGB.

meiden, haben Rechtsprechung ¹⁶⁾ und Lehre ¹⁷⁾ für die fehlerhafte Begründung oder vertragliche Änderung einer Personengesellschaft die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ¹⁸⁾ geschaffen.

Danach wird jedoch nicht wie nach der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ¹⁹⁾ in Abweichung von § 705 BGB eine andere Grundlage als der Gesellschaftsvertrag anerkannt; allerdings hat diese Lehre wegen der teilweise gleichen Ordnungsgedanken die Entwicklung stark beeinflußt.

Gemäß diesen Regeln werden vielmehr nach Vollzug die allgemeinen Nichtigkeitsfolgen zum Zwecke einer ordnungsgemäßen Abwicklung in der Weise beschränkt, daß die Nichtigkeitsgründe nur für die Zukunft geltend gemacht werden können und die Abwicklung nach den besonderen angemesseneren Bestimmungen des Gesellschaftsrechts - entweder der Dispositiv-

-
- 16) Beginnend mit RG JW 35, 2617; grundlegend RG 165, 193, BGH 3, 285; weiterhin BGH 11, 190; 13, 320; 17, 160; 26, 330; 44, 235; 47, 293.
- 17) Grundlegend Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage; Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, insbesondere S. 45 ff., 91 ff.; Hueck, Recht der oHG, S. 56 ff.; v. Godin-Weipert § 105 Anm. 73; Fischer NJW 55, 849 und NJW 58, 969 und RGRK-HGB § 105 Anm. 68 ff.; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 38; Enneccerus-Nipperdey, S. 1014, 1052, 1215; Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S. 61 ff.; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx § 705 Rdnr. 57 ff.; mit starken Einschränkungen auch Larenz, Recht der Schuldverhältnisse, II. Band, S. 311 - 313.
- 18) Es wird der neuen Terminologie des BGH seit BGH LM Nr. 19 zu § 105 HGB: "fehlerhafte" Gesellschaft statt "faktische" Gesellschaft gefolgt.
- 19) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, insbesondere S. 16 ff.; Schumann DR 43, 265 (268) und 1193 (1195, 1197); Siebert, Die "faktische" Gesellschaft, Festschrift für Hedemann, S. 266 (287); (dagegen stellt Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 48, 60, wesentlich auch auf das Vorhandensein eines Vertrages ab); Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 232.

normen oder der mangelfreien Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages - erfolgt. Immer wird danach die fehlerhafte Ordnung für die Vergangenheit anerkannt. Etwaige Unbilligkeiten bis zur Vollendung der Auflösung werden durch Anpassung des fehlerhaften Gesellschaftsvertrages oder Leistungsverweigerungsrechte nach Treu und Glauben ²⁰⁾ ausgeglichen. Außerdem sind Schadensersatzansprüche aus anderen Rechtsgründen - etwa Delikt - gegeben ²¹⁾.

Ausnahmen gelten nur dann, wenn die Nichtigkeit auf einem Sitten- oder Rechtsverstoß beruht oder zum Schutze besonderer Personen (Minderjähriger) bestimmt ist ²²⁾; in diesen Fällen bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften.

Diese Regeln können zwar noch nicht als Gewohnheitsrecht angesehen werden, obwohl ihnen im Grundsatz heute nicht mehr widersprochen wird; sie verfestigen sich dadurch, daß sie im Laufe der Zeit auch der Entscheidung von Randfragen zugrunde gelegt werden ²³⁾.

Die Probleme, die sich aus einer ex-tunc-Vernichtung auf Grund der allgemeinen Nichtigkeitsgründe bei Dauerrechtsverhältnissen ergeben, hat der Gesetzgeber des BGB nicht erkannt ²⁴⁾.

Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft sind aus diesem Grunde nicht isoliert zu betrachten ²⁵⁾.

Sie beruhen vielmehr auf dem Prinzip, daß namentlich bei den Dauerrechtsverhältnissen, die sich nicht nur im Leistungsaustausch erschöpfen, die praktizierte Ordnung dieser Rechtsverhältnisse wegen der Fehlerhaftigkeit ihrer Begründung nicht rückwirkend als nicht existent vernichtet werden

20) Fischer, RGRK-HGB § 105 Anm. 90; Hueck, Recht der oHG, S. 63, 64; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 75 ff.

21) Erman, a.a.O., S. 86 ff.; Hueck, a.a.O., S. 67; schon RG JW 35, 2617.

22) H.L. vgl. BGH 17, 160 (166).

23) So zur Haftung des fehlerhaft Beigetretenen für Altschulden BGH 44, 235; zur Geltung bei der stillen Gesellschaft BGH 8, 157.

24) Vgl. oben § 5 I.

25) Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S. 8; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 236.

kann 26).

Dieses Prinzip ist in der richterlichen Rechtsfortbildung für den fehlerhaften Arbeitsvertrag ²⁷⁾ und vom modernen Gesetzgeber hinsichtlich der Eheaufhebung ²⁸⁾ anerkannt. All diese Rechtsverhältnisse (Ehe, Arbeitsverhältnis und Gesellschaft) schaffen - einmal vollzogen - wegen ihrer Dauerwirkung Rechtstatsachen, die wegen ihrer Komplexität nicht als ungeschehen behandelt und somit nicht nach den allgemeinen Regeln abgewickelt werden können.

Insbesondere berühren diese Dauerrechtsverhältnisse auch Dritte, den Rechtsverkehr, die Rechtsgemeinschaft oder die Betriebsgemeinschaft ²⁹⁾; sie stellen ein anderes soziales Faktum ³⁰⁾ dar als die reinen Austauschverhältnisse.

-
- 26) Daß es sich um einen einheitlichen Rechtsgedanken handelt, zeigt vor allem auch die grundsätzlich gleichmäßige Behandlung von fehlerhaftem Arbeitsverhältnis und fehlerhafter Gesellschaft bei Hueck-Nipperdey, S. 188 Nr. 14 und Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 68 ff., 82, 97; einheitliche Betrachtung auch bei Schumann, Handelsrecht, S. 224.
- 27) Zur beschränkten Wirksamkeit eines vollzogenen Arbeitsvertrages trotz Formnichtigkeit: BAG 5, 58 (65, 66); trotz Anfechtung: BAG 5, 159 (161, 162); Hueck-Nipperdey S. 186 ff. zur Anfechtung und S. 191 zu sonstigen Nichtigkeitsgründen; Brox, BB 64, 523 (527) zur Anfechtung; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann § 611 Rdnr. 97 (Anfechtung); RdNr. 103, 104 (sonstige Nichtigkeit: beschränkte Aufrechterhaltung nach Treu und Glauben); Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 82, 97.
- 28) §§ 28 ff. Ehegesetz; dazu, daß diese Neuerung im Ehegesetz auch für die richterliche Fortbildung anderer Dauerrechtsverhältnisse relevant ist, vor allem Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 226, 229 - 231; auch Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 38; Schumann, Handelsrecht, S. 224.
- 29) Hueck-Nipperdey, S. 187 Fußnote 8.
- 30) So schon O. v. Gierke, Iher.Jahrb. 64, 355 (410) für Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis unter Hinweis auf die mangelhafte Berücksichtigung der Besonderheiten im BGB. Das vom Gesetzgeber nicht berücksichtigte Übergreifen der Gemeinschaftsverhältnisse in die Sozialsphäre wird besonders von Lehmann NJW 58, 1 (3), als Grund für die Reduktion der allgemeinen Nichtigkeitsregeln angesehen.

All diese Rechtsverhältnisse können daher wegen des Fehlers der Begründung nur für die Zukunft aufgelöst werden, hierbei sind die Besonderheiten der einzelnen Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen.

Dieses Prinzip beruht so letztlich auf der Ordnungsgesetz- und Gerechtigkeitsfunktion des Rechts ³¹⁾ und der besonderen Natur der Dauerrechtsverhältnisse ³²⁾.

Nun haben die vorhergehenden Analysen gezeigt, daß unabhängig von der Konstruktion - Rechtsgeschäft oder Universal-sukzession - jede fehlerhafte vollzogene Begründung oder Veränderung der Gesellschaftsverhältnisse zu Unordnung und Unsicherheit in den inneren und äußeren Verhältnissen der Gesellschaft führen ³³⁾.

Wegen dieser Gleichheit in den Rechtsfolgen und den sozialen Auswirkungen wird daher eine Rechtsfortbildung gefordert, die diesem anerkannten Prinzip der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei vollzogenen Dauerrechtsverhältnissen für die Ordnung der Gesellschaft bei vollzogener fehlerhafter Nachfolge eines Scheinerben und für deren Abwicklung Rechnung trägt.

3) Das Prinzip der Ausgewogenheit von Haftung und Einfluß

Diese Notwendigkeit einer besonderen Regelung ergibt sich auch aus den §§ 114 ff. BGB.

Nach diesen Bestimmungen hat der persönlich haftende Gesellschafter Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die auch vertraglich modifiziert werden können.

Das Recht der oHG baut darauf auf, daß der unbeschränkten Haftung nach außen der Einfluß im Inneren entspricht ³⁴⁾.

³¹⁾ Erman, a.a.O., S. 62, 63, 73.

³²⁾ Vgl. zum zwangsläufigen inneren Zusammenhang zwischen der teleologischen Reduktion und der Berücksichtigung der Natur der Sache bei der Rechtsfortbildung Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 123; hierzu auch Larenz, Methodenlehre, S. 299, gerade hinsichtlich der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.

³³⁾ Siehe § 3, S. 7 ff., und § 5 II, S. 32 ff.

³⁴⁾ Hueck, Recht der oHG, S. 20, 26, 27.

Im vorliegenden Falle haftet jedoch bei strikter Gesetzesanwendung der wahre Erbe für die Geschäfte der Zwischenzeit, ohne daß er seine gesetzlichen und vertraglichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte geltend machen, durch Kündigung ausscheiden oder sofort von den Rechten des § 139 HGB Gebrauch machen könnte ³⁵⁾.

Die uneingeschränkte Anwendung des Erbrechts auf diesen Fall steht also auch im Widerspruch zu dem im Gesetz enthaltenen Gedanken der Ausgewogenheit von Haftung und Einfluß und zu der Wertung des § 139 HGB.

4) Das Prinzip der Rechtssicherheit im Gesellschaftsrecht

Die Unsicherheit, die das Auftreten eines neuen Prätendenten für die Gesellschafter und den Scheinerben bewirkt ³⁶⁾, steht dem besonders im Recht der Handelsgesellschaften positivierten Prinzip der Rechtssicherheit entgegen, das in den §§ 133, 140 HGB gerade hinsichtlich der Zusammensetzung der Handelsgesellschaft klar zum Ausdruck kommt ³⁷⁾; denn selbst für den Fall der Unzumutbarkeit der Fortführung wird ein Urteil zur Auflösung oder zum Ausschluß verlangt.

Diese Regelung ist daher auch für die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen bei der fehlerhaften Gesellschaft für anwendbar erklärt worden ³⁸⁾; auch dort muß die Nichtigkeit eines Vertrages durch Klage geltend gemacht werden.

35) Siehe oben § 3 I 2), S. 9 f.

36) Siehe oben § 3 III 3), S. 21 f., und IV, S. 23.

37) Schlegelberger-Geßler § 133 Rdnr. 16; Hueck, Recht der oHG, S. 270; Däubler BB 66, 1292 (1293).

38) Nach RG 165, 193 (206, 207) sollte überhaupt nur ein noch zur Zeit der Klage vorliegender wichtiger Grund genügen; dagegen ist nach BGH 3, 285 (290 - 292) unter Zustimmung der h.L. § 133 HGB analog in der Weise anzuwenden, daß der Nichtigkeitsgrund als Auflösungsgrund genügt; unter besonderen Voraussetzungen kann die Erhebung der Klage jedoch treuwidrig und daher erfolglos sein, wenn der Nichtigkeitsgrund inzwischen weggefallen ist (siehe hierzu Hueck, Recht der oHG, S. 61, 62).

Aus alledem ergibt sich die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung. Die allgemeine Regelung eines Irrtums über die Erbfolge und der entsprechenden Rückabwicklung bedarf einer einschränkenden richterlichen Ergänzung für den besonderen Fall, daß die auf Irrtum beruhende, fehlerhafte Erbfolge in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters vollzogen worden ist.

Diese Ergänzung muß der besonderen Interessenlage Rechnung tragen und mit den oben dargestellten handels- und gesellschaftsrechtlichen Prinzipien in Einklang stehen, an Hand derer die Lückenhaftigkeit des Gesetzes festgestellt worden ist.

Daß dabei mehrere Prinzipien und Wertungen relevant sind, beruht darauf, daß die Nachfolge in eine Gesellschafterstellung in verschiedenen Bereichen der Gesellschaft Wirkungen hervorruft und deshalb mehrere Bestimmungen im Wege der Rechtsfortbildung eingeschränkt und ergänzt werden müssen.

§ 6 Die Ausfüllung der Lücke entsprechend den Wertungen und Prinzipien des Erb- und Gesellschaftsrechts

I Die Ordnung in der Gesellschaft nach dem Prinzip der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei Dauerrechtsverhältnissen

1) Die Relevanz des Prinzips

Nach der obigen Untersuchung der Rechtslage bei strikter Gesetzesanwendung führt die Geltendmachung des fehlenden Erbrechts eines vermeintlichen Gesellschaftererben mit rückwirkender Kraft zu gleichen chaotischen Folgen für die Gesellschafter und die innere und äußere Ordnung der Gesellschaft wie die rückwirkende Vernichtung einer fehlerhaften rechtsgeschäftlichen Gründung oder eines fehlerhaften rechtsgeschäftlichen Beitritts.

Es wurde so die Gesetzeslücke auch auf Grund des für diese Interessenkollision bei fehlerhaft begründeten und

vollzogenen Dauerrechtsverhältnissen anerkannten Prinzips der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen festgestellt.

Daher ist es gerechtfertigt und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen notwendig, dieses Prinzip auch der Interessenabwägung bei der fehlerhaften Nachfolge eines vermeintlichen Erben in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters zugrunde zu legen.

Dabei ist vor allem die Ausgestaltung dieses Prinzips in den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ¹⁾ zu berücksichtigen.

Eine schematische analoge Anwendung dieser Regeln auf den vorliegenden Fall ist zwar deswegen nicht möglich, weil hier ein dritter Berechtigter - der wahre Erbe - verdrängt wird ²⁾.

Insofern liegt ein besonderer Interessenkonflikt vor, der in diesen Regeln nicht berücksichtigt und daher nicht gewertet ist.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß deshalb allein die unzureichenden erbrechtlichen Vorschriften angewandt werden müssen ³⁾; denn diese führen zu den gleichen ungerechten Folgen, wie sie die Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften auf die fehlerhafte Gründung bewirken würde.

Vielmehr muß das Prinzip der Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei vollzogenen Dauerrechtsverhältnissen der Entscheidung über den fehlerhaften Eintritt eines Scheinerben in ein Dauerrechtsverhältnis auf Grund irrig angenommener Erbfolge zugrunde gelegt werden. Die Ausgestaltung dieses Prinzips bei der Rechtsfortbildung muß aber dem besonderen Vorgang der Erbfolge und der besonderen Interessenlage und ihrer Bewertung durch das Erbrecht Rechnung tragen.

Dieses Prinzip gibt wie jedes Prinzip bei der Rechtsfortbildung nur den grundsätzlichen Lösungsweg an ⁴⁾. Erst

1) Siehe § 5 Fußnoten 16 und 17.

2) Insofern ist Fischer, Recht im Wandel, S. 271, 272, 276 zuzustimmen.

3) So aber Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (273), ihm folgend Baumbach-Duden § 105 HGB Anm. 8 D.

4) Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 161.

seine Konkretisierung muß auch die besonderen Einzelheiten des Falles berücksichtigen.

Der Konkretisierung dieses Prinzips steht auch nicht entgegen, daß im vorliegenden Fall der fehlerhafte Beitritt zu einem Dauerrechtsverhältnis nicht auf einem Vertrag beruht, sondern entweder auf rückwirkend vernichtbarer (§§ 142 Abs. 1, 2078, 2079 BGB; § 2344 BGB) Universalsukzession oder aber auf einem Irrtum über die richtige Universalsukzession.

Entscheidend ist vielmehr, daß in beiden Fällen länger dauernde, nicht vernichtbare Rechtsbeziehungen und Rechtstatsachen erzeugt werden; nur die rechtliche Konstruktion des fehlerhaften Beitritts ist verschieden, die Ordnungsgesichtspunkte sind, wie bei der Lückenfeststellung gezeigt wurde, dieselben.

Aber auch das Zustandekommen der Fehler weist wertmäßige Ähnlichkeiten auf.

So beruht die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung auf der vertraglichen Vererbungsklausel. Die verschiedenen Vorstellungen, die sich der Erblasser einerseits und die übrigen Gesellschafter andererseits über den Gesellschaftererben gemacht haben, haben daher auch Ähnlichkeit mit dem Dissens beim Vertragsschluß, der auch zur Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft führt ⁵⁾.

Noch größer ist die Gleichheit des Zustandekommens des Fehlers in dem häufigsten Falle des Scheinerben, daß nämlich die scheinbare Nachfolge auf einem fehlerhaften Rechtsgeschäft - einer letztwilligen Verfügung - beruht ⁶⁾. In einem solchen Falle ist zwar die Verdrängung nicht - wie es Fischer verlangt ⁷⁾ - vom fehlerhaften rechtsgeschäftlichen Willen des wahren Erben, wohl aber vom fehlerhaften Willen des Erblassers getragen.

Die ex-tunc Wirkung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung auch hinsichtlich der vollzogenen

5) Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 65; Fischer NJW 55, 849, 850.

6) Vgl. § 1, S. 2 und 3.

7) Fischer, Recht im Wandel, S. 271 - 273.

Nachfolge des Scheinerben in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters stünde in einem besonders auffälligen Wertungswiderspruch zu den anerkannten Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft, nach der die Fehler des rechtsgeschäftlichen Bei- und Austritts nur für die Zukunft geltend gemacht werden können.

Da aber die Auswirkungen einer vollzogenen Nachfolge des Scheinerben in die Gesellschafterstellung im Hinblick auf die Ordnung und den sicheren Bestand der Gesellschaft immer die gleichen sind, ist eine Differenzierung nach dem Grund der fehlerhaften Nachfolge des Scheinerben nicht gerechtfertigt; sie läßt sich - generell betrachtet - auch nicht aus den Interessen des wahren Erben herleiten.

Wegen dieser auch konstruktiven Ähnlichkeiten bestehen keine dogmatischen Bedenken dagegen, die Ordnungsgedanken zu berücksichtigen, auf denen der Grundsatz, die Nichtigkeitsfolgen bei vollzogenen Dauerrechtsverhältnissen zu beschränken, beruht.

- 2) Die Ordnung in der Gesellschaft durch Anerkennung der zwischenzeitlichen Gesellschafterstellung des Scheinerben unter Ausschluß des wahren Erben

Folgt man diesem Prinzip, so sind die Gründe für die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Berufung des Scheinerben nur für die Zukunft geltend zu machen, soweit die Gesellschafterstellung betroffen ist. Danach ist der Scheinerbe für die Zeit vom Erbfall bis zur Geltendmachung der wahren Rechtslage alleiniger Gesellschafter als Nachfolger des Erblassers, wenn der Beitritt - die scheinbare Rechtsnachfolge - vollzogen worden ist.

Der wahre Erbe ist also mit Vollzug der Aufnahme des Scheinerben - wenn auch fehlerhaft, so doch wirksam - ausgeschieden, während der Scheinerbe fehlerhaft, aber wirksam beigetreten ist.

Auch für den rechtsgeschäftlichen Bei- und Austritt ⁸⁾ werden nach ganz h.L. die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft angewandt. Zwar ist in diesen Fällen auch der verdrängte Ausgeschiedene wenigstens fehlerhaft willentlich beteiligt, während es an einer willentlichen Beteiligung des wahren Erben fehlt ⁹⁾. Wegen der Besonderheit der erbrechtlichen Nachfolge in die Gesellschafterstellung kommt jedoch diesem Unterschied keine Bedeutung zu, da die gleichen Ordnungsinteressen im Vordergrund stehen und eine gleiche Bewertung für alle Fälle des Scheinerben eines persönlich haftenden Gesellschafters verlangen ¹⁰⁾.

Denn nur durch diese beschränkte Anerkennung der Gesellschafterstellung des Scheinerben wird die zwischenzeitliche, auf seiner tatsächlichen Mitgliedschaft beruhende Ordnung der Gesellschaft gewährleistet, so daß rechtliche Ordnung und tatsächliches Geschehen übereinstimmen.

Da jedoch ein Berechtigter - der wahre Erbe - verdrängt wird, darf diese Einschränkung nur so weit gehen, wie die notwendige Ordnung der Gesellschaftsverhältnisse und der Abwicklung es erfordert.

Diese Beschränkung der Rechtsstellung des wahren Erben findet ihre Legitimation auch darin, daß auf diese Weise Verpflichtungen als Gesellschafter, die er tatsächlich nie erfüllt hat, nicht entstanden sind und mangels Gesellschafterstellung in der Zwischenzeit auch die Haftung für Geschäfte entfällt, die er nicht beeinflussen konnte ¹¹⁾.

Der wahre Erbe wird danach zwar ohne seinen Willen an

8) Zum Beitritt: OGH 4, 241; BGH 26, 330; 44, 235; zum Ausscheiden: BGH DB 56, 65; Däubler BB 66, 1292; Fischer NJW 55, 849 (851); Hueck, Recht der oHG, S. 72; Schlegelberger-Geßler § 105 HGB Rdnr. 620; auch Ganßmüller NJW 56, 698 (699) hält trotz grundsätzlicher Ablehnung des BGH-Urteils (DB 56, 65) die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf das fehlerhafte Ausscheiden für möglich.

9) Fischer, Recht im Wandel, S. 271 - 273

10) Siehe oben § 6 I 1), S. 43.

11) Siehe hierzu § 2 I 1), S. 10, und § 5 III 3), S. 38 f.

einen tatsächlichen Zustand rechtlich gebunden ¹²⁾; diesen kann er aber ohnehin nicht ändern. Ihm werden daher jedoch auch die Lasten dieses tatsächlichen Zustandes genommen, gerade, weil er sie nicht ändern kann.

Nimmt man nicht an, der wahre Erbe sei in der Zwischenzeit als Gesellschafter ausgeschieden, dann bindet man ihn an fremde Willensentscheidungen - nämlich der übrigen Gesellschafter -, die in dieser Zeit ergangen sind ¹³⁾.

Die Einschränkung der Stellung des wahren Erben entspricht daher auch der Bewertung seiner Interessen nach den Grundsätzen des HGB über die Ausgewogenheit von Haftung und Einfluß.

Es liegt in dieser Berichtigung der erbrechtlichen Bestimmungen keine Konzession ¹⁴⁾ an die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ¹⁵⁾, denn es wird nicht außerhalb des Gesetzes ein neues Vertragsrecht geschaffen. Es wird vielmehr nur im Rahmen der gesetzlichen Wertungen und unter Berücksichtigung der das Gesellschaftsrecht beherrschenden Ordnungsgedanken versucht, für diesen auf besonderen erbrechtlichen Gründen beruhenden Tatbestand "scheinbarer Vererbung einer Gesellschafterstellung" eine sachgemäße Regelung zu finden.

Der fehlerhaften Nachfolge des Scheinerben liegt in allen Fällen auch eine fehlerhafte erbrechtliche Berufung zugrunde ¹⁶⁾.

Eine teleologische Reduktion der erbrechtlichen Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe für die Berufung zum Gesellschaftererben entspricht der teleologischen Reduktion der Nichtigkeitsgründe ¹⁷⁾ bei vollzogenem Gründungs- oder Beitrittsvertrag einer Gesellschaft; sie ist daher in gleicher

12) Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (273).

13) Siehe § 2 I 1), S. 10, und § 5 III 3), S. 38 f.

14) So anscheinend Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (272).

15) Siehe § 5 Fußnote 19, S. 35.

16) Vgl. § 1, S. 2 und 3.

17) Dazu, daß auch diese Lehre nur auf Grund des anerkannten Rechtsfindungsmittels der Reduktion (Restriktion) und nur in dessen Rahmen zulässig ist, siehe auch Lehmann, NJW 58, 1 (3).

Weise zulässig und geboten.

Für die Ordnung der Gesellschaft ergibt sich somit vorläufig folgendes:

Haben die Gesellschafter einer oHG oder KG die Gesellschaft mit dem Scheinerben fortgesetzt, so gilt für und gegen den Scheinerben, den wahren Erben, die Gesellschafter und Dritte der Scheinerbe als Gesellschafter statt des wahren Erben.

In der Rechtslehre ist streitig, wann bei fehlerhafter Gründung die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist, so daß die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden sind, insbesondere, ob dafür die gemeinsame Aufnahme der Geschäfte ¹⁸⁾ oder die Eintragung ¹⁹⁾ genügt. Einigkeit herrscht jedoch darüber, daß Vollzug dann vorliegt, wenn mehr geschehen ist, als daß die Gesellschafter nur nach allgemeinem Recht rückabwickelbare Einlagegeschäfte getätigt haben ²⁰⁾.

Für den vorliegenden Fall der Nachfolge in eine schon bestehende Gesellschaft kann diese Frage dahingestellt bleiben, da der "Nachfolger" spätestens mit Ablauf der Dreimonatsfrist des § 139 HGB oder vorher in dem Zeitpunkt voll in die Gesellschaft einbezogen worden ist, in dem die Gesellschaft mit dem Scheinerben - gegebenenfalls als Kommanditisten (§ 139 Abs. 1 HGB) - fortgesetzt worden ist.

Von diesem Zeitpunkt an ist daher auch anzunehmen, daß der fehlerhafte Beitritt des Scheinerben und das fehlerhafte Ausscheiden des wahren Erben vollzogen worden ist.

3) Die Geltung der wahren Erbfolge für die Zukunft

a) Die Durchsetzbarkeit der wahren Erbfolge für die Zukunft

Die Einschränkung der allgemeinen Folgen, die sich daraus ergeben würden, daß die Berufung des Scheinerben zum Ge-

18) Schlegelberger-Geßler § 105 Rdnr. 62.

19) Hueck, Recht der oHG, S. 71.

20) Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 58; Hueck, Recht der oHG, S. 70; Ganßmüller DB 55, 257 (258).

sellschaftererben unwirksam war, kann nur für die Zwischenzeit gerechtfertigt sein, um die auf der tatsächlichen Mitgliedschaft des Scheinerben beruhende Ordnung der Gesellschaft zu erhalten; sie darf nicht zu einem Ausschluß der wahren Erbfolge für die Zukunft führen. Auch nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ²¹⁾ und das fehlerhafte Arbeitsverhältnis ²²⁾ behalten die Nichtigkeitsgründe für die Zukunft ihre Wirkung und können geltend gemacht werden.

Danach muß für die Zukunft die wahre Erbfolge und die ihr entsprechende Ordnung der Gesellschaft gelten.

b) Die Neuordnung unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit

Ohne den Vollzug der scheinbaren Erbfolge wäre nur der wahre Erbe berechtigt, aber auch verpflichtet ²³⁾, Gesellschafter zu sein; der Scheinerbe hätte gegenüber den Gesellschaftern weder Rechte noch Pflichten. Diese Rechtslage muß somit für die Zukunft hergestellt werden.

Dies ist in zweifacher Weise möglich; entweder tritt diese Veränderung allein durch die Geltendmachung der wahren Erbfolge - etwa durch die Anfechtungserklärung oder die Berufung auf die Nichtigkeit des Testaments - ein, oder aber es ist ein Änderungsvertrag erforderlich, mit dessen Abschluß erst die Anpassung an die wahre Erbfolge durch Beitritt des wahren Erben und Ausscheiden des Scheinerben wirksam wird.

Da die Anerkennung der Mitgliedschaft des Scheinerben auf den Grundgedanken der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beruht, liegt es nahe, diese auch hier für die Rückabwicklung unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage bei der fehlerhaften Vererbung zu konkretisieren.

Es wurde oben gezeigt, daß mit Vollzug der scheinbaren Erbfolge der Scheinerbe als fehlerhaft eingetretener, der

21) So alle § 5 Fußnoten 16 und 17 zitierten, S. 35.

22) So alle § 5 Fußnote 27 zitierten, S. 37.

23) Deswegen die Wahlmöglichkeit des § 139 HGB.

wahre Erbe als fehlerhaft ausgeschiedener Gesellschafter anzusehen ist; dabei ist beides miteinander durch den gleichen Fehler - die scheinbare Erbfolge - untrennbar verknüpft.

Diesem Zusammenhang muß daher Rechnung getragen werden.

Somit ist auch hier eine schematische Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht möglich ²⁴⁾; diese sind nur getrennt für den fehlerhaften Eintritt und das fehlerhafte Ausscheiden ²⁵⁾ entwickelt worden. Abgesehen davon bestehen auch bei dieser Lehre noch Unklarheiten, die darauf beruhen, daß zwar die Kernprobleme erkannt sind, aber die Entwicklung dieser Lehre noch nicht abgeschlossen ist ²⁶⁾.

So war bisher anerkannt, daß die Fehler eines Beitritts für die Zukunft durch Auflösungs- oder Übernahmeklage analog §§ 133, 140 HGB geltend gemacht werden mußten und eine rechtsgestaltende Ausschluß- oder Kündigungserklärung nur dann möglich war, wenn sie allgemein für die Geltendmachung eines wichtigen Grundes im Gesellschaftsvertrag vereinbart war ²⁷⁾; letzteres ist deshalb berechtigt, weil die Gesellschafter in diesem Falle selbst auf den Schutz der Rechtssicherheit durch das Erfordernis der Klage nach § 133 oder § 140 HGB verzichtet haben.

Nach einer neueren Entscheidung des BGH ²⁸⁾, die einem Aufsatz Fischers folgt ²⁹⁾, soll jedoch auch bei schweren Fehlern - arglistige Täuschung, Drohung - die Übernahme- oder Ausschlußerklärung des Getäuschten genügen.

Dem würde für den Fall des Scheinerben die Anpassung durch bloße Geltendmachung der wahren Erbfolge entsprechen.

Auch für das fehlerhafte Ausscheiden hat sich noch keine präzise Regel ³⁰⁾ zur Art und Weise der Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe herausgebildet; es ist nur weitgehend an-

24) Siehe oben § 6 I 1), S. 41.

25) Zum Ausscheiden gibt Däubler BB 66, 1292, die einzige ausführliche Darstellung.

26) Dies zeigt besonders die Entscheidung BGH 47, 293; vgl. dazu unten S. 49.

27) Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 249, 250.

28) BGH 47, 293 (301).

29) Fischer NJW 58, 969 (972, 973) und neuerdings RGRK-HGB § 105 Anm. 102.

30) Siehe die Wiedergabe der Ansichten bei Däubler BB 66, 1292 besonders Fußnote 4.

erkannt, daß die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft für die Zwischenzeit anzuwenden sind, da das Ausscheiden erheblichen Einfluß auf die Ordnung der Gesellschaft hat und somit die Interessenlage die gleiche wie bei Eintritt und Gründung ist ³¹⁾.

Nach einer Abhandlung von Däubler ³²⁾ sollen der fehlerhaft Ausgeschiedene und, wenn das Ausscheiden auf einem Irrtum der verbleibenden Gesellschafter beruhte, auch diese ³³⁾ einen Anspruch auf Wiedereintritt durch Abschluß eines entsprechenden Aufnahmevertrages haben ³⁴⁾. Der Abschluß eines solchen Vertrages kann dann notfalls nach § 894 ZPO erzwungen werden.

Diese Regelung entspricht am besten dem Gebot der Rechtssicherheit ³⁵⁾, das gerade in den §§ 133, 140 HGB hinsichtlich der personellen Zusammensetzung und der Ordnung der Gesellschaft zum Ausdruck kommt ³⁶⁾.

Die oben dargelegte neuere Ansicht des BGH und Fischers für den fehlerhaften Beitritt führt demgegenüber zu einer erheblichen Unsicherheit, da sie nur dann zum Tragen kommt, wenn die Parteien über das Vorliegen eines Fehlers streiten; in diesem Falle ist es aber wenig sinnvoll, je nach der Schwere des Fehlers verschiedene Rechtsfolgen anzuordnen, da gerade unklar und streitig ist, ob überhaupt ein Fehler vorliegt. Sind die Parteien aber einig, ist die Ansicht ohnehin gegenstandslos.

Für diese von dem bisherigen Stand der Lehre abweichende Entscheidung besteht auch kein praktisches Bedürfnis, da entgegen der Ansicht des BGH ³⁷⁾ kaum jemand einer Gesellschaft beitreten wird, über deren personelle Zusammensetzung noch prozessiert wird, zumal vor Beendigung des Prozesses auch das Handelsregister nicht geändert wird.

31) Siehe die zu Fußnote 8, S. 44, zitierten.

32) Däubler BB 66, 1292.

33) Däubler BB 66, 1292 (1294); ähnlich Hueck, Recht der oHG, S. 72.

34) Däubler BB 66, 1292 (1293, 1294), im Ergebnis gleich die h.L. siehe Fußnote 8, S. 44.

35) So auch Däubler BB 66, 1292 (1293).

36) Schlegelberger-Geßler § 133 HGB Rdnr. 16.

37) BGH 47, 293 (302).

Die Unbilligkeit, daß der Getäuschte, der Irrende ³⁸⁾ oder in unserem Fall der wahre Erbe bis zur rechtskräftigen Entscheidung auf die Anpassung an die wahre Rechtslage warten müssen und gebunden oder ausgeschlossen bleiben, wird also durch diese Lösung nicht gemildert; die Rechtsunsicherheit wird aber erheblich erhöht. Diese Unbilligkeit ist jedoch kaum größer als im Falle des § 133 HGB die Bindung der Gesellschafter bis zur Rechtskraft des Auflösungsurteils, obwohl der Grund der Auflösung die Unzumutbarkeit der Fortführung ist. Es hat also hier wie dort die Rechtssicherheit vorzugehen.

Die Ansicht des BGH ist somit nicht der Entscheidung des "Scheinerbenproblems" zugrunde zu legen.

Insbesondere führt die Geltendmachung der wahren Erbfolge zu einem noch stärkeren Angriff auf die Ordnung der Gesellschaft als die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit eines Beitritts, da in diesem Falle für die Zukunft nicht nur die Gesellschafterstellung des Scheinerben, sondern auch der Bestand wesentlicher Vertragsänderungen für die Zukunft in Frage gestellt wird ³⁹⁾.

Andererseits ist wegen der Schwierigkeit der erbrechtlichen Berufungsgründe die Unsicherheit, wer nun wirklich der wahre Gesellschaftererbe ist, sehr groß. Man denke nur daran, daß der Prätendent des Testaments wegen eines - schwer beweisbaren - Motivirrtums angefochten hat oder behauptet, das Testament zu Gunsten des "Scheinerben" sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig, was wesentlich von der Motivation des Erblassers abhängen kann ⁴⁰⁾; auch viele andere Fehler eines Testaments liegen außerhalb der Urkunde selbst und sind schwer beweisbar.

Wegen dieser Unsicherheit und ihrer Folgen für den Bestand der Gesellschaft kann daher eine Änderung allein auf

38) Zur Abwehr von Unbilligkeiten, die sich aus der weiteren Beitragspflicht bei der fehlerhaften Gesellschaft ergeben können, vgl. Hueck, Recht der oHG, S. 63, 64.

39) Vgl. § 3 II 2) und 3), S. 12 ff.

40) Vgl. aus der Rechtsprechung BGH 20, 71 (72 ff.).

Grund der Geltendmachung der wahren Erbfolge nicht in Betracht kommen; eine solche Regelung wäre mit der Wertung der Rechtssicherheit unvereinbar, die gerade für das Recht der Handelsgesellschaften in § 133 HGB zum Ausdruck gekommen ist.

Dieser Wertung entspricht es, eine Änderung entsprechend der wahren Erbfolge nur auf Grund eines Vertrages zuzulassen.

Dieser Vertrag muß das Ausscheiden des Scheinerben und den Beitritt des wahren Erben für die Zukunft bestimmen.

Erst mit dem Abschluß dieses Vertrages treten die Wirkungen für die Zukunft ein; bis dahin gilt die bisherige Ordnung, die durch den Vollzug der Aufnahme des Scheinerben geschaffen wurde.

Auf den Abschluß dieses Vertrages kann aber nicht nur der wahre Erbe einen Anspruch haben.

Denn dieser ist nach der wahren Erbfolge nicht nur berechtigt, er ist den Gesellschaftern auch verpflichtet, Gesellschafter zu sein; der Vollzug der scheinbaren Erbfolge hat daher für die Vergangenheit nicht nur verhindert, daß Rechte des wahren Erben entstanden sind, er hat vielmehr auch zur Folge, daß die Rechte der Gesellschafter gegen den wahren Erben nicht zur Entstehung gelangt sind. Der Scheinerbe dagegen war niemandem gegenüber verpflichtet, Gesellschafter zu sein; aus diesem Grunde muß er auch das Recht haben, sich aus dieser verpflichtenden Einbeziehung in die Gesellschaft für die Zukunft zu lösen.

Entsprechend der Rechtslage, die ohne den Vollzug der scheinbaren Erbfolge gegeben ist, müssen also alle Beteiligten - nicht nur der wahre Erbe, sondern auch die übrigen Gesellschafter und der Scheinerbe - einen Anspruch auf Abschluß eines neuordnenden Änderungsvertrages haben.

Da dieser Vertrag als Gesellschaftsvertrag einstimmig geschlossen werden muß, richtet sich der Anspruch auf Zustimmung jeweils gegen die übrigen Beteiligten.

Der wahre Erbe hat somit gegen die übrigen Gesellschafter und den Scheinerben einen Anspruch auf Abschluß dieses Änderungsvertrages, aber auch die übrigen Gesellschafter können

von dem wahren und dem vermeintlichen Erben und der Scheinerbe von den übrigen Gesellschaftern und dem wahren Erben Zustimmung zu diesem Abänderungsvertrag verlangen.

Soweit einer der Beteiligten nicht zustimmt, muß geklagt und die Zustimmung gemäß § 894 ZPO erzwungen werden.

Diese Regelung wird daher auch dem Interesse aller Beteiligten gerecht, nicht grundlos die bisherige Ordnung der existenzwichtigen Gesellschaft ändern und sich einen neuen Gesellschafter aufdrängen zu lassen; denn es steht so jedem frei, entweder zuzustimmen oder aber sich verklagen zu lassen und in diesem Prozeß alle Gegengründe - vor allem das mangelnde Erbrecht des Prätendenten - geltend zu machen.

Da erst mit der letzten - freiwilligen oder erzwungenen - Zustimmung die Anpassung an die wahre Erbfolge durch Austritt des Scheinerben und Beitritt des wahren Erben wirksam wird, ist auch für alle Beteiligten ein fester Zeitpunkt gegeben, wie es der Wertung des § 133 HGB entspricht.

- c) Die entsprechende Gestaltung der Wahlmöglichkeit des wahren Erben nach § 139 HGB

Hinsichtlich des Rechtes und der Verpflichtung des wahren Erben, der Gesellschaft beizutreten, muß jedoch § 139 HGB entsprechende Anwendung finden; denn aus dem Vollzug der scheinbaren Erbfolge läßt sich nicht begründen, daß der wahre Erbe entgegen § 139 HGB gezwungen sein soll, persönlich haftender Gesellschafter zu werden oder die Erbschaft auszuschlagen.

Die Verwirklichung dieses Wahlrechts des § 139 HGB muß mit der oben gefundenen Regelung für die Durchsetzung der wahren Erbfolge in Einklang stehen.

Nach dem bisher Ausgeführten steht der wahre Erbe bei Vollzug der "Nachfolge" des Scheinerben außerhalb der Gesellschaft und hat die Berechtigung, aber auch die Verpflichtung, der Gesellschaft beizutreten.

Die Durchsetzung des Wahlrechts nach § 139 HGB hat daher so zu erfolgen, daß der wahre Erbe sofort entsprechend

§ 139 Abs. 1 HGB verlangen kann, als Kommanditist aufgenommen zu werden; die Gesellschafter können diesen Antrag vorbehaltlich der Klärung des wahren Erbrechts annehmen oder aber grundsätzlich ablehnen. Nehmen die Gesellschafter den Antrag unter Vorbehalt an, dann kann der wahre Erbe nach den oben dargestellten Grundsätzen Aufnahme als Kommanditist und Ausscheiden des Scheinerben verlangen; lehnen die Gesellschafter grundsätzlich ab, so hat der wahre Erbe immer noch die Möglichkeit, Aufnahme als persönlich haftender Gesellschafter zu verlangen. Er kann in diesem Falle aber auch entsprechend § 139 Abs. 2 HGB den Eintritt ablehnen, da er nach dieser Bestimmung berechtigt ist, sofort wieder auszuscheiden; in diesem Fall kann er sofort das Abfindungsguthaben verlangen⁴¹⁾.

Der wahre Erbe kann auf diese Weise eine unmittelbare persönliche Haftung und eine Nachlaßhaftung für die von ihm nicht beeinflussten Gesellschaftshandlungen der Zwischenzeit vermeiden.

d) Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages, Bedeutung des Erbscheins

Nach Vollzug der fehlerhaften Beteiligung des Scheinerben kann der Gesellschaftsvertrag in verschiedener Weise geändert worden sein⁴²⁾. Daß diese Veränderungen für die Zwischenzeit gelten müssen, ergibt sich aus der Anerkennung der Gesellschafterstellung des Scheinerben; diese hat gerade den Zweck, die tatsächlich vollzogene, auf seiner Mitgliedschaft beruhende Ordnung der Gesellschaft für die Vergangenheit zu erhalten.

Die Grundgedanken der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft geben jedoch keine Legitimation für die Aufrechterhaltung dieser Ordnung für die Zukunft.

Aus ihnen läßt sich insbesondere keine Bindung des wahren Erben an diese geänderten Verhältnisse herleiten, da

41) Zur Zuordnung des Abfindungsguthabens vgl. unten § 6 II 1), S. 57 ff.

42) Siehe oben § 3 II 2), S. 12 ff.

nach diesen Regeln anerkannt ist, daß für die Zukunft die richtige Rechtslage herzustellen ist ⁴³⁾. Dieses Problem kann sich auch in gleicher Weise beim fehlerhaften Ausscheiden stellen. Es ist jedoch auch dort nicht geklärt.

Es kann vor allem der zum fehlerhaften Ausscheiden vertretenen Ansicht nicht gefolgt werden ⁴⁴⁾, daß zwischenzeitliche Vertragsänderungen, die ohne Rücksicht auf das Ausscheiden erfolgt seien, wegen des Grundsatzes der Rechtssicherheit nicht mehr in Frage gestellt werden dürften und nur die Vereinbarungen rückgängig zu machen seien, die aus Anlaß des fehlerhaften Ausscheidens getroffen seien.

Diese - einzige - Stellungnahme zu einem vergleichbaren Fall ist nicht nur in der Formulierung "aus Anlaß des fehlerhaften Ausscheidens" ⁴⁵⁾ sehr unsicher, sie ist auch in der pauschalen Begründung, daß die Aufrechterhaltung der zwischenzeitlichen Änderungen eine Forderung der Rechtssicherheit sei ⁴⁶⁾, nicht zu billigen. Denn die Rechtssicherheit fordert nicht die Aufrechterhaltung, sondern nur eine sichere und klare Rückabwicklung der fehlerhaft geschaffenen Verhältnisse.

Es muß vielmehr bei dem Grundsatz bleiben, daß ein Gesellschafter nur an die Vertragsbestimmungen gebunden bleibt, denen er (oder sein Rechtsvorgänger) zugestimmt hat.

Der wahre Erbe hat danach für die Zukunft auch einen Anspruch auf Anpassung des Gesellschaftsvertrages an die Rechtslage zum Zeitpunkt des Erbfalles, den er zusammen mit dem Anspruch auf seine Wiederaufnahme und das Ausscheiden des Scheinerben durchsetzen kann.

Ein automatischer Wegfall dieser vertraglichen Bestimmungen kann dagegen ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in Betracht kommen ⁴⁷⁾.

Der wahre Erbe braucht sich also für die Zukunft weder

43) Siehe oben § 6 I 3) a), S. 46 f.

44) Däubler BB 66, 1292 (1294).

45) Däubler, a.a.O., S. 1294.

46) Däubler, a.a.O., S. 1294.

47) Siehe oben § 6 I 3) b), S. 47 ff.

einen neuen Gesellschafter oder die Vertretung durch einen von ihm nicht bestellten Gesellschafter aufdrängen zu lassen, noch zu dulden, daß ein kapitalkräftiger oder sehr leistungsfähiger Gesellschafter, der der Gesellschaft langfristig verpflichtet war, durch zwischenzeitliche Vereinbarung für immer ausgeschieden ist; ebensowenig ist er verpflichtet, an einer vertraglich erweiterten Gesellschaftstätigkeit teilzunehmen, oder an eine verlängerte Laufzeit gebunden.

Er hat andererseits die Möglichkeit, auf sein Recht zur Änderung zu verzichten und diesen Vereinbarungen selbst zuzustimmen; da die übrigen Gesellschafter sich gebunden haben, werden die Vertragsänderungen daher auch für die Zukunft wirksam.

Das kann jedoch nicht für die Aufnahme neuer Gesellschafter gelten; diese haben sich nur der Gesellschaft mit dem Scheinerben verpflichtet, ihnen kann daher nicht der wahre Erbe als Gesellschafter ohne ihre Zustimmung aufgedrängt werden ⁴⁸⁾. Sie müssen daher immer ausscheiden können.

Nach den obigen Untersuchungen würden auch bei strikter Gesetzesanwendung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 2366 BGB (Erbschein und guter Glaube) die Vertragsänderungen mit dem Scheinerben wirksam sein, die den wahren Erben nicht verpflichten ⁴⁹⁾. Das muß auch hier gelten. Der wahre Erbe bleibt an solche Vereinbarungen ⁵⁰⁾, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 2366 BGB vorliegen, gebunden und kann deren Änderung auch für die Zukunft nicht verlangen.

Von der Bindung der übrigen Gesellschafter bei Zustimmung des Scheinerben oder Erbscheinsvorlage ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn die fehlerhafte Erbfolge Geschäftsgrundlage für eine Vertragsänderung war. In diesem Falle haben auch sie für die Zukunft einen Anspruch auf Abänderung dieser Bestimmung, der notfalls erzwungen werden muß.

48) Siehe oben § 3 II 2), S. 13.

49) Siehe oben § 3 II 2), S. 13.

50) Dies sind Auflösung, eigenes oder fremdes Ausscheiden, Umwandlung in eine KG.

Alle diese Fragen der Vertragsanpassung für die Zukunft sind zweckmäßigerweise einheitlich in einem Vertrag zu klären bzw. in dem Prozeß um die Aufnahme des Scheinerben, so daß dann mit dem wirksamen Abschluß dieses Vertrages die Ordnung der Gesellschaft für die Zukunft feststeht.

4) Ergebnis für die Ordnung der Gesellschaft

Damit steht hinsichtlich der Ordnung der Gesellschaft folgendes Zwischenergebnis fest:

Mit Vollzug der "scheinbaren Erbfolge" in eine vererbliche Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters gilt für und gegen den Scheinerben, den wahren Erben, die Gesellschafter und Dritte der Scheinerbe als Gesellschafter-nachfolger des Erblassers und somit die auf seiner Mitgliedschaft beruhende Ordnung der Gesellschaft.

Für die Zukunft haben jedoch der wahre Erbe, der Scheinerbe und die übrigen Gesellschafter einen Anspruch auf Abschluß eines Änderungsvertrages mit dem Inhalt, daß der Scheinerbe ausscheidet und der wahre Erbe beitrtritt. Der wahre Erbe kann jedoch entsprechend § 139 Abs. 1 HGB sofort die Kommanditistenstellung und im Falle der Ablehnung analog § 139 Abs. 2 HGB, ohne der Gesellschaft erst beitreten zu müssen, das Abfindungsguthaben verlangen.

Sofern der wahre Erbe seine Aufnahme - als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist - verlangt, hat er auch einen Anspruch auf Anpassung des Gesellschaftsvertrages an die Vertragslage zum Zeitpunkt des Erbfalles; er ist jedoch an die Vertragsänderungen mit dem Scheinerben gebunden, die für ihn keine verpflichtende Wirkung haben und in gutem Glauben an die Richtigkeit des Erbscheins vereinbart worden sind.

II Die vermögensrechtliche Beteiligung und die wirtschaftliche Abwicklung

1) Zuordnung der vermögensrechtlichen Beteiligung nach Erbrecht

Wird nach alledem der Scheinerbe für die Zwischenzeit als Gesellschafter anerkannt, damit die Ordnung der Gesellschaft und die sichere Abwicklung gewährleistet werden, so muß dennoch fraglich sein, ob damit dem Scheinerben neben der mitgliedschaftsrechtlichen Stellung auch die vermögensrechtliche Beteiligung des Erblassers am Gesellschaftsvermögen zugeordnet werden soll.

Diese Beteiligung besteht einmal im Gewinnanteil, zum anderen im Anspruch auf das Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben, der, solange die Gesellschafterstellung besteht, im Kapitalanteil sichtbar wird ⁵¹⁾.

51) Die Frage, ob dem Kapitalanteil neben dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben selbständige rechtliche Bedeutung zukommt, ist umstritten. Nach der h.L. (RG 117, 238 (242); RG DR 1941, 1084 (1085, 1086); RG DR 1943, 1228 (1229); v. Godin-Weipert § 120 Anm. 16; Hueck, Recht der oHG, S. 168 ff.) ist der Kapitalanteil lediglich eine Rechnungsziffer, die den Wert der jeweiligen wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringen soll. Nach anderer Ansicht (Eckelt NJW 54, 1905 (1906, 1910); Randenborgh DNotZ 59, 373 (381); Schlegelberger-Geßler § 120 Rdnr. 10; Rokas, Die Teilhaberschaft an der oHG und ihre Vererbung, S. 25; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der oHG, S. 7 Anm. 4) wird der Kapitalanteil als Recht, und zwar als sog. Wertrecht angesehen. Schließlich will neuerdings Fischer in RGRK-HGB § 120 Anm. 21 in dem Kapitalanteil das in einer Geldziffer ausgedrückte Beteiligungsrecht eines Gesellschafters sehen. Die Frage scheint hier insofern von Bedeutung zu sein, als der Scheinerbe, was nach § 122 Abs. 2 HGB möglich ist, auf den Kapitalanteil Entnahmen gemacht haben kann oder, was auch nach Ansicht der h.L. (siehe Hueck, a.a.O., S. 289 Anm. 15 und 292) zulässig ist, den Kapitalanteil oder einen Teil desselben auf einen bisherigen oder neuen Gesellschafter übertragen hat. Die streitige Frage ist hier jedoch nicht weiter zu vertiefen; solange die Gesellschafterstellung besteht, findet die vermögensrechtliche Beteiligung - der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben - im Kapitalanteil,

Würde man so weit gehen, dem Scheinerben auch diese vermögensrechtliche Stellung zuzuordnen, so hätte der wahre Erbe nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung dieser Rechte; eine Pfändung des Gesellschaftsanteils des Scheinerben wäre ihm gegenüber auch hinsichtlich dieser Rechte wirksam, wie er auch im Konkurs des Scheinerben auf die Konkursdividende beschränkt wäre.

Grundsätzlich sind zwar vermögensrechtliche und mitgliedschaftsrechtliche Gesellschafterstellung eine rechtliche Einheit ⁵²⁾. Daraus könnte folgen, daß entweder der Scheinerbe auch hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beteiligung Gesellschafter sein muß oder eine Anerkennung seiner Gesellschafterstellung - wie oben entwickelt - nicht möglich ist.

Jedoch läßt das Gesetz in § 717 Satz 2 BGB ausdrücklich die Abtretung des Gewinnanteils und des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben zu. Die vermögensrechtliche Beteiligung und die mitgliedschaftsrechtliche Stellung können also auseinanderfallen. Gerade auch beim Erbfall zeigt sich die Trennbarkeit; wenn nämlich der Gesellschaftererbblasser nach § 138 HGB mit dem Tode ausscheidet, gehen die Mitgliedschaftsrechte unter, die vermögensrechtliche Beteiligung aber bleibt erhalten und fällt den Erben in Form des Abfindungsanspruches gemäß § 1922 Abs. 1 BGB zu ⁵³⁾.

wenn auch unvollkommen, Ausdruck; die Verfügungen über die Beteiligung im Verhältnis der Gesellschafter zueinander - etwa Entnahmen - finden auf dem Wege über den Kapitalanteil statt. Andererseits ist dieser bei Ausscheiden und Liquidation im Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben mit enthalten, jede vorherige Entnahme auf den Kapitalanteil oder dessen Abtretung vermindert daher um den entnommenen oder abgetretenen Betrag den Auseinandersetzungsanspruch. Da es somit für die vorliegende Betrachtung gleichgültig ist, ob man den Kapitalanteil als selbständiges Recht oder Teil des Auseinandersetzungsanspruchs bezeichnet, wird an der obigen neutralen Terminologie festgehalten.

52) Rokas, Die Teilhaberschaft an der oHG und ihre Vererbung, S. 22, 23.

53) Hierzu besonders Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht in der oHG, S. 7, 9, 10.

Somit ist auch hier eine Trennung der Zuordnung in der Weise nicht ausgeschlossen, daß dem wahren Erben die vermögensrechtliche Beteiligung unmittelbar mit dem Erbfall zufällt, während im Interesse der Erhaltung der Ordnung der Gesellschaft die mitgliedschaftsrechtliche Stellung des Scheinerben für die Zwischenzeit anerkannt wird.

Jedenfalls kann aus der Anerkennung des Scheinerben als Gesellschafter, die in der Notwendigkeit, die Ordnung der Gesellschaft aufrechtzuerhalten, begründet ist, nicht zwingend auch die Zuordnung dieser Vermögenswerte gefolgert werden; ein solches Verfahren wäre Begriffsjurisprudenz.

Insbesondere würde diese Einschränkung des Erbrechts nicht von den Grundgedanken der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft getragen, da deren Ordnungsgedanken nicht das hier vorliegende Problem der Verdrängung eines wahren Berechtigten aus der vermögensrechtlichen Stellung erfassen.

Eine Abweichung von der allgemeinen erbrechtlichen Regelung, daß alle Rechte des Erblassers automatisch dem wahren Erben zufallen, ist hinsichtlich der vermögensrechtlichen Gesellschafterstellung nur dann zulässig und geboten, wenn sich dieser Interessenkonflikt von dem der allgemeinen erbrechtlichen Regelung zugrunde liegenden Interessenkonflikt unterscheidet.

Hier soll die Interessenlage zuerst für den Ausgleichs- oder Abfindungsanspruch und den Kapitalanteil untersucht werden, da diese Rechte die bereits im Zeitpunkt des Erbfalls bestehende vermögensrechtliche Beteiligung darstellen; die Gewinne dagegen werden erst unter Mitwirkung des Scheinerben erwirtschaftet, so daß für die Gewinnverteilung eine besondere Betrachtung notwendig ist.

Hinsichtlich dieser vermögensrechtlichen Beteiligung - des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben bzw. des Kapitalanteils - ist der Scheinerbe jedoch nicht schutzwürdig; seine Annahme, ihm stehe diese Rechtstellung zu, verdient ebensowenig Schutz wie sein Glaube, andere Nachlassgegenstände, etwa eine Forderung oder eine bewegliche Sache, gehörten ihm.

Das gleiche gilt für die übrigen Gesellschafter und Dritte, denen gegenüber der Scheinerbe Verfügungen über diese Rechte - etwa Entnahmen auf den Kapitalanteil oder Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben - vorgenommen hat; sie werden, wie auch sonst, in ihrem Vertrauen auf einen Erbschein nach §§ 2366, 2367 BGB geschützt.

Lagen die Voraussetzungen der §§ 2366, 2367 BGB jedoch nicht vor, so sind die Gesellschafter und Dritte hinsichtlich der Vermögensrechte nicht schutzwürdiger als allgemein derjenige, der an den Scheinerben auf eine Nachlaßforderung gezahlt oder sonstige Rechtsgeschäfte über einen Nachlaßgegenstand abgeschlossen hat.

Die Interessenlage bezüglich der vermögensrechtlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen unterscheidet sich somit auch bei Vollzug der scheinbaren Erbfolge nicht von der Interessenlage, die der allgemeinen erbrechtlichen Regelung der Zuordnung von Nachlaßgegenständen zwischen wahren Erben und Scheinerben zugrunde liegt.

Diese Regelung muß daher auch hier Anwendung finden.

Der wahre Erbe wird also auch dann unmittelbar gemäß § 1922 BGB mit dem Erbfall Inhaber des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben und des Kapitalanteils, wenn die "scheinbare Erbfolge" in die Gesellschafterstellung vollzogen worden ist und der Scheinerbe als Gesellschafter anerkannt wird..

Rechtsgeschäfte des Scheinerben über diese vermögensrechtliche Beteiligung können nur gemäß §§ 2366, 2367 BGB wirksam sein.

Je nachdem, wie sich die Gesellschafter und der wahre Erbe bezüglich des Wahlrechts nach § 139 HGB entscheiden, wird der wahre Erbe entweder Gesellschafter - sei es persönlich haftender oder Kommanditist - mit diesem Kapitalanteil des Erblassers, oder er kann das Abfindungsguthaben voll und unmittelbar verlangen, wenn er analog § 139 Abs. 2 HGB den Beitritt ablehnen kann ⁵⁴⁾.

54) Siehe hierzu § 6 I 3) c), S. 52.

- 2) Ausgleich aller Ansprüche wegen der Gesellschaftstätigkeit des Scheinerben durch angemessene Gewinnverteilung entsprechend § 168 Abs. 2 HGB

Die Verteilung des Gewinnes und Verlustes und der Ausgleich für die Tätigkeit des Scheinerben nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 2018 ff., 812 ff., 677 ff. BGB) wird - wie oben dargelegt ⁵⁵⁾ - der längeren komplexen Tätigkeit des Scheinerben in der Gesellschaft nicht gerecht. Diese Bestimmungen sind im wesentlichen auf die Rückabwicklung einzelner Geschäfte und auf den Ausgleich einzelner Aufwendungen zugeschnitten; sie berücksichtigen auch nicht, daß hier die Tätigkeit des Scheinerben dessen Hauptberuf ist.

Nach diesen Bestimmungen stehen die einzelnen Ansprüche der Beteiligten gegeneinander wegen dieser Tätigkeit des Scheinerben und der daraus resultierenden Untätigkeit des wahren Erben unkoordiniert nebeneinander.

Dieser einheitliche Komplex - die Tätigkeit des Scheinerben und die Untätigkeit des wahren Erben - erfordert aber eine besondere Regelung, die durch Bestimmung der Gewinnverteilung gleichzeitig den Ausgleich im Verhältnis aller Beteiligten untereinander einheitlich ordnet.

Diese Regelung muß dem Umstand gerecht werden, daß die vermögensrechtliche Beteiligung am Unternehmen dem wahren Erben zusteht, daß aber andererseits nur der Scheinerbe im Hauptberuf mitgearbeitet und mitgehaftet hat. Der Gewinn der Zwischenzeit ist nicht nur das Ergebnis der Beteiligung des wahren Erben, sondern auch das Ergebnis der Tätigkeit, der Initiative und auch möglicherweise der Einlagen des Scheinerben. Dabei kann im Einzelfall die Bedeutung der vererbten Beteiligung größer sein als die Tätigkeit und die sonstigen Leistungen des Scheinerben; es kann aber auch umgekehrt sein.

Diese Interessenlage rechtfertigt, den Ausgleich sofort auf gesellschaftsrechtlicher Ebene einheitlich vorzunehmen,

55) § 3 III 3), S. 21 f., § 5 III, S. 34.

zumal, da der vermeintliche Erbe nach den allgemeinen Bestimmungen wegen seiner Tätigkeit und etwaiger Einlagen Ansprüche sowohl gegen die Gesellschafter als auch gegen den wahren Erben hätte ⁵⁶⁾.

Insbesondere können durch eine solche gesellschaftsrechtliche Regelung auch die Interessen der Gesellschaft einheitlich erfaßt werden.

Eine gesellschaftsrechtliche Lösung entspricht auch am besten dem Umstand, daß sich der Scheinerbe freiwillig in diesen Verband hineinbegeben hat.

Soweit vom Gewinn vorab eine Kapitaldividende verteilt wird, wie es § 121 Abs. 1 Satz 1 HGB vorsieht, muß dieser Anspruch dem wahren Erben bleiben, da er - wie oben ausgeführt - immer der Inhaber der kapitalmäßigen Beteiligung bleibt und die Kapitaldividende das Entgelt für diese Beteiligung darstellt.

Wesentlicher ist jedoch die Verteilung des überschüssigen Gewinnes bzw. des gesamten Gewinnes, wenn keine Kapitaldividende vorab gewährt wird.

Hier kann nur eine Vertragsergänzung weiterführen. Es liegt eine typische Vertragslücke vor; der Gesellschaftsvertrag hat die Möglichkeit nicht bedacht und konnte auch nicht bedenken, daß ein Dritter - der Scheinerbe - fehlerhaft beitrifft, der arbeitet, haftet und vielleicht Einlagen macht, während ein anderer - der wahre Erbe - Inhaber der vermögensrechtlichen Beteiligung ist.

Diese Problematik ist jedoch dem Gesetz nicht unbekannt. Eine im wesentlichen gleiche Interessenlage ist im Falle des § 168 Abs. 2 HGB gegeben; auch dort fehlt es - sei es aus Unkenntnis der Gesellschafter, sei es absichtlich - an einer Bestimmung über die Verteilung des Gewinnes und Verlustes; § 168 Abs. 2 HGB ⁵⁷⁾ bestimmt daher eine den Umständen nach angemessene Verteilung als bedungen.

Diese Bestimmung ist daher analog anzuwenden; sie gibt

56) § 3 III 3), S. 21 f.

57) Desgleichen § 336 Abs. 1 HGB für die stille Gesellschaft.

für alle Fälle des Scheinerben wegen ihrer Elastizität eine sachgemäße Regelung ⁵⁸⁾.

Einigen sich die Beteiligten nicht, so wird die angemessene Verteilung im Prozeß durch das Gericht festgestellt.

Diese Aufgabe hat das Gericht auch im Normalfall des § 168 Abs. 2 HGB; auch dort muß es die kapitalmäßige Beteiligung der Kommanditisten gegen die Tätigkeit und die Haftung der Komplementäre abwägen ⁵⁹⁾; notfalls muß es dazu betriebswirtschaftliche Gutachten einholen ⁶⁰⁾.

Dem entspricht es, wenn das Gericht im Falle des Scheinerben unter Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Beteiligung des wahren Erben und andererseits der Tätigkeit, der Haftung als Kreditgrundlage und etwaiger Einlagen des Scheinerben eine angemessene Gewinnverteilung ermitteln muß.

Weiterhin sind bei der Bestimmung der Angemessenheit die gesetzlichen Wertungen zu beachten. So ist der Scheinerbe, wenn er bei der Erlangung der Gesellschafterstellung bösgläubig war, weniger schutzwürdig (§ 2023 BGB); bei Vorsatz drängt er der Gesellschaft und dem wahren Erben sogar seine Dienste auf. Andererseits lassen die §§ 2021, 2022 BGB erkennen, daß der gutgläubige Scheinerbe keinen Verlust durch die irrige Annahme der Erbenstellung machen soll ⁶¹⁾; das rechtfertigt in der Regel, daß der Scheinerbe nicht am Verlust teilnimmt.

Diese angemessene Gewinnverteilung beschränkt sich auf die Aufteilung des auf den Erblasser entfallenden Gewinnanteils zwischen Scheinerben und wahren Erben; denn die übrigen Gesellschafter dürfen wegen des Irrtums über die Erbfolge nicht schlechter stehen. Etwas anderes ist allerdings angemessen, wenn der Scheinerbe im Einvernehmen mit diesen zusätzliche Leistungen (Einlagen etc.) erbracht hat; das wird insbesondere der Fall sein, wenn in der Zwischenzeit ein anderer geschäftsführender Gesellschafter ausgeschieden ist.

58) So will auch Hueck, Recht der oHG, wenn bei der fehlerhaften Gesellschaft gerade die Gewinnverteilung im Vertrag fehlerhaft geregelt ist, §§ 168 Abs. 2, 336 Abs. 1 HGB analog anwenden.

59) Schlegelberger-Geßler § 168 HGB Rdnr. 4.

60) v. Godin-Weipert § 168 HGB Anm. 5.

61) Kipp-Coing S. 465, 466.

Da diese Festsetzung ohnehin ex post erfolgt, hat der Richter schon bei der Bemessung der Gewinnbeteiligung des Scheinerben auch die auf seiner Tätigkeit mit beruhende Bildung stiller Reserven zu berücksichtigen und dessen Anteil am Gewinn entsprechend höher festzusetzen; denn diese Reserven wachsen dem wahren Erben über seine vermögensrechtliche Beteiligung zu und bleiben ihm erhalten.

Neben dieser Beteiligung an dem zwischenzeitlichen Wertzuwachs des Gesellschaftsvermögens durch Berücksichtigung der stillen Reserven kann der Scheinerbe keinen weiteren Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB haben, da - wie oben dargelegt ⁶²⁾ - die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dem wahren Erben zukommt.

Mit der nach diesen Kriterien festgestellten angemessenen Gewinnverteilung sind dann alle Ansprüche der Beteiligten untereinander abgegolten. Diese Regelung schränkt also insofern die allgemeinen Bestimmungen ein.

Entsprechend dieser Regelung ist die Bilanz zu berichtigen.

Die nach dieser Regelung auf den wahren Erben entfallenden Gewinne stehen diesem aus den gleichen Gründen wie die sonstige vermögensrechtliche Beteiligung unmittelbar zu, da sie auch allein als Früchte dieser vermögensrechtlichen Beteiligung anzusehen sind.

Dem Kapitalkonto des wahren Erben zum Zeitpunkt des Erbfalles sind also die diesem analog § 168 Abs. 2 HGB zustehenden Gewinne und Verluste zu- bzw. abzuschreiben.

Desgleichen ist ein Kapitalkonto für den Scheinerben zu führen, das zum Zeitpunkt des Erbfalles mit dem Stand 0 beginnt und dem alle diesem nach obiger Regelung zustehenden Gewinne und etwaige Einlagen nach vereinbartem Bilanzwert zuzuschreiben sind.

Die Entnahmen des Scheinerben sind entsprechend abzuschreiben; verbleibt ein aktiver Kapitalanteil, so ist dieser Betrag dem Scheinerben auszus zahlen.

62) § 6 II 1), S. 60.

Hat der Scheinerbe jedoch über die ihm zustehenden Gewinne hinaus Entnahmen gemacht, so sind diese als Entnahmen auf den Kapital- oder den Gewinnanteil, der dem wahren Erben zugeordnet ist, diesem gegenüber nur wirksam, wenn die Gesellschafter den Entnahmen im Vertrauen auf einen Erbschein zugestimmt haben; in diesem Falle mindert sich der Kapitalanteil des wahren Erben um diese Entnahmen; der wahre Erbe kann sie jedoch vom Scheinerben gemäß § 2021 BGB zurückverlangen. Lagen die Voraussetzungen des § 2367 BGB nicht vor, dann bleibt der Kapitalanteil des wahren Erben unberührt. Die übrigen Gesellschafter müssen nachschießen oder ihren eigenen Kapitalanteil mindern und ihrerseits den Scheinerben gemäß § 812 BGB in Anspruch nehmen; denn die übrigen Gesellschafter sind auch hinsichtlich des analog § 168 Abs. 2 HGB bestehenden Gewinnanteils des wahren Erben nicht schutzwürdig in der Annahme, daß dieser dem Scheinerben zusteht ⁶³⁾.

3) Die sonstigen Ansprüche und Pflichten des ausscheidenden Scheinerben

Im übrigen stehen dem Scheinerben alle Ansprüche eines ausgeschiedenen Gesellschafters zu. Der Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB beschränkt sich allerdings auf die Auszahlung des Kapitalanteils, der durch Einlagen und belassene Gewinnanteile gebildet worden ist.

So hat der Scheinerbe insbesondere gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Anspruch auf Befreiung von der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten und auf Rückgabe zur Benutzung überlassener Gegenstände.

Hat der Scheinerbe besondere Einlagen im Vertrauen auf den Bestand seiner Gesellschafterstellung gemacht, der Gesellschaft etwa Grundstücke übereignet oder Patente übertragen, so ist in der Regel die Geschäftsgrundlage weggefallen, so daß der Scheinerbe nach Treu und Glauben berechtigt ist, diese Gegenstände zum Einlagewert zurückzufordern. So-

63) Vgl. oben § 6 II 1), S. 59 f.

weit er noch ein Abfindungsguthaben hat, kann er Anrechnung auf dieses verlangen.

Eine solche Modifizierung des Ausgleichsanspruchs wird auch bei der Auflösung der fehlerhaften Gesellschaft anerkannt ⁶⁴⁾.

Andererseits treffen den Scheinerben auch alle Pflichten eines ausgeschiedenen Gesellschafters, so namentlich die Treuepflicht, die zum Beispiel weitere Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen verlangt.

4) Ergebnis hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beteiligung

Das oben für die Ordnung der Gesellschaft gefundene Ergebnis ⁶⁵⁾ ist folgendermaßen zu ergänzen:

Die Gesellschafterstellung des Scheinerben erfaßt nicht die vermögensrechtliche Beteiligung - den Kapitalanteil und den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben -; diese fällt vielmehr gemäß § 1922 BGB dem wahren Erben unmittelbar zu.

Analog § 168 Abs. 2 HGB ist der Scheinerbe jedoch angemessen am Gewinn zu beteiligen; hierbei ist die Schaffung stiller Reserven zu berücksichtigen. Mit dieser angemessenen Gewinnverteilung sind alle Ansprüche der Beteiligten auf Aufwandsersatz, Gewinnminderung und Bereicherung wegen der Tätigkeit des Scheinerben und der Untätigkeit des wahren Erben abgegolten. Im übrigen hat der Scheinerbe alle Rechte und Pflichten eines ausgeschiedenen Gesellschafters mit Ausnahme des Abfindungsanspruchs, da dieser durch die Berücksichtigung der stillen Reserven bei der Gewinnermittlung schon erfaßt ist und die darüber hinaus bestehende Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dem wahren Erben zusteht.

64) Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 81; Hueck, Recht der oHG, S. 67; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 42.

65) § 6 I 4), S. 56.

§ 7 Überprüfung durch Anwendung der gefundenen Regeln

I Außenverhältnis

Auf das Außenverhältnis angewandt, führt diese im Wege der Rechtsfortbildung gefundene Regel dazu, daß die Haftung entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen gestaltet ist.

Die Gesellschaft und die Gesellschafter haften für alle gesellschaftsbezogenen Rechtshandlungen des Scheinerben, da dieser als Gesellschafter anzusehen ist. Nur der Scheinerbe, nicht der außenstehende und daher einflußlose wahre Erbe haftet für die in der Zwischenzeit begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Eine Haftung des wahren Erben tritt nur gemäß § 130 HGB ein, wenn er als persönlich haftender Gesellschafter beitrtritt; das bestimmt aber allein der wahre Erbe, da er das Wahlrecht analog § 139 Abs. 1 und 2 HGB hat ¹⁾.

Nach dieser Regelung sind zwar die Rechtshandlungen des Scheinerben über das allgemeine Erbrecht hinaus ²⁾ zu Gunsten und zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, an dem der Erblasser gesamthänderisch beteiligt war, wirksam, so daß insofern auch dessen Gesamthandsberechtigung haftet. Diese Haftung findet jedoch ihre Rechtfertigung darin, daß der Scheinerbe durch die Erbfolgeklausel tatsächlich in die Gesellschaftstätigkeit für dieses weitgehend verselbständigte Sondervermögen eingeschaltet wurde. Eine schwebende Unwirksamkeit der Rechtshandlungen des Scheinerben für die Gesellschaft würde mit dem Erfordernis der Sicherheit und Ordnung nicht im Einklang stehen ³⁾.

Im übrigen bleibt die innere Beteiligung des Erblassers bzw. des wahren Erben am Gesellschaftsvermögen unberührt; sie unterliegt den allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen und haftet somit nicht für die Rechtshandlungen des Scheinerben ⁴⁾.

1) Siehe oben § 6 I 3) c), S. 52.

2) Siehe § 3 I 1), S. 8.

3) Siehe § 3 I 2), S. 9 f.

4) Siehe § 6 II 1), S. 60.

II. Innenverhältnis

1) Bestand des Innenverhältnisses bis zur Anpassung

Im Innenverhältnis gilt die vertragliche Ordnung, die auf der Mitgliedschaft des Scheinerben beruht, bis die - freiwillige oder erzwungene - vertragliche Anpassung an die wahre Rechtslage erfolgt ist.

So sind die zwischenzeitlichen Beschlüsse bis dahin wirksam, der neu Beigetretene solange Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten, der ausgeschiedene Gesellschafter solange ausgeschieden; desgleichen gelten solange die geänderten Bestimmungen über Geschäftsführung und Vertretung.

Diese Bindung besteht grundsätzlich bis zur Anpassung; bis dahin kann sich niemand auf die wegen des Erbrechts fehlende Gesellschafterstellung des Scheinerben berufen ³⁾.

2) Ausgleich von Unbilligkeiten der Schwebezeit

a) Ersatz des Verzögerungsschadens

Soweit dem wahren Erben durch den Ausschluß in dieser Zeit bis zur endgültigen Entscheidung über seine Aufnahme und die Vertragsanpassung ein Schaden entsteht, kann er diesen von den Gesellschaftern, die dem anpassenden Abänderungsvertrag trotz Mahnung bzw. Klage schuldhaft nicht zugestimmt haben, gemäß § 286 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen ⁴⁾. Das Verschulden wird dabei gemäß § 285 BGB vermutet, so daß sich ein zur Zustimmung verpflichteter Gesellschafter oder der Scheinerbe nur bei unklarer Rechtslage entlasten kann ⁵⁾.

3) Siehe oben § 6 I 3) b), S. 50.

4) Der Schaden kann vor allem darin bestehen, daß der wahre Erbe als Gesellschafter mehr verdient hätte als mit seiner bisherigen Tätigkeit oder daß er Vermögensminderungen der Gesellschaft als Gesellschafter vermieden hätte.

5) Zu den Anforderungen an den Schuldner bei Rechtsirrtum Palandt-Danckelmann § 285 BGB Anm. 2 mit Nachweisen.

Desgleichen können die anderen Beteiligten, die einen Anspruch auf Zustimmung zu dem anpassenden Änderungsvertrag haben, von den schuldhaft Zögernden Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen.

Somit ist auch ein wirtschaftlicher Ausgleich für etwaige Unbilligkeiten der Zeit zwischen dem Auftreten des wahren Erben und der Anpassung an die wahre Erbfolge gegeben.

Das Risiko, den Verzögerungsschaden tragen zu müssen, wird die Beteiligten auch von willkürlicher Verweigerung der Zustimmung und überflüssigen Prozessen abhalten.

b) Einstweilige Verfügung

Besteht im übrigen in der Zwischenzeit bis zur endgültigen Entscheidung die Gefahr, daß die übrigen Gesellschafter und der Scheinerbe durch Auflösung der Gesellschaft, Verschleuderung des Gesellschaftsvermögens oder grundlegende Umstellung des Geschäftsbetriebs den Anspruch des wahren Erben auf Aufnahme vereiteln oder dessen Gesellschafterstellung verschlechtern, so kann der wahre Erbe der Gesellschaft diese Geschäfte durch einstweilige Verfügung verbieten lassen (§§ 935, 940 ZPO). Desgleichen kann der wahre Erbe durch einstweilige Verfügung dem Scheinerben Geschäftsführung und Vertretung untersagen lassen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 117, 127 HGB) und durch weitere Gesellschaftstätigkeit des Scheinerben der Anspruch des wahren Erben auf die Gesellschafterstellung gefährdet oder verschlechtert wird. Da jedoch darin ein Eingriff in die Rechte aller Gesellschafter liegt, andererseits aber alle zur sofortigen Aufnahme des wahren Erben verpflichtet sind ⁶⁾, ist die einstweilige Verfügung gegen alle Gesellschafter und den Scheinerben zu richten, so daß sich auch alle verteidigen können.

6) Siehe oben § 6 I 3) b), S. 50.

III. Abwicklung und wirtschaftlicher Ausgleich

Da die vermögensrechtliche Beteiligung allein dem wahren Erben zugeordnet ist, ist er insofern gegen die Verfügungen des Scheinerben in gleicher Weise geschützt wie nach allgemeinem Erbrecht.

Veräußerung des Gesellschaftsanteils ⁷⁾ durch den Scheinerben, Ausscheiden und Empfangnahme des Abfindungsguthabens oder Kapitalverringerung sind daher nur unter den Voraussetzungen der §§ 2366, 2367 BGB wirksam ⁸⁾.

Durch die angemessene Beteiligung des Scheinerben am zwischenzeitlichen Gewinn entsprechend § 168 Abs. 2 HGB ist andererseits ein wirtschaftlich gerechter und einheitlicher Ausgleich geschaffen; vor allem können so die vielen möglichen Gestaltungen der Zwischenzeit und die besonderen Verhältnisse jeder einzelnen Gesellschaft berücksichtigt werden, dies besonders, wenn die Gesellschaft in der Zwischenzeit nur auf der Tätigkeit oder Kapitalkraft des Scheinerben aufbaute.

§ 8 Ergebnis für den Fall des vermeintlichen Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters

Die Untersuchung der Auswirkungen der oben gefundenen Regeln für den Vollzug einer "scheinbaren Erbfolge" in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters zeigt, daß diese Regeln alle eingangs untersuchten Probleme im Innen- und Außenverhältnis befriedigend lösen.

Auf Grund ihrer Orientierung an den Wertungen und anerkannten Prinzipien des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts lassen sich diese Regeln wertungswiderspruchsfrei in das bestehende Gesetzesrecht und das darauf aufbauende

7) Zur Zulässigkeit solcher Übertragungen eines Gesellschaftsanteils bei Zustimmung aller Gesellschafter siehe Hueck, Recht der oHG, S. 288, 290, 291 mit Nachweisen; BGH 13, 179 (182 ff.); 44, 229 (231, 232).

8) Siehe oben § 6 II 1), S. 60.

Richterrecht, das diese Rechtsfortbildung wesentlich mit bedingt hat ¹⁾, einfügen.

Diese Regeln stehen also im Einklang mit den oben für eine richterliche Rechtsfortbildung festgestellten Grundsätzen ²⁾.

Somit läßt sich folgendes Ergebnis festhalten:

Ist die Nachfolge eines vermeintlichen Erben in die vererbliche Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters vollzogen, so gilt für und gegen den wahren Erben, die übrigen Gesellschafter, den Scheinerben und Dritte allein der vermeintliche Erbe als Gesellschafter und die auf seiner Mitgliedschaft beruhende vertragliche Ordnung der Gesellschaft.

Für die Zukunft haben jedoch der wahre Erbe, die übrigen Gesellschafter und der Scheinerbe einen Anspruch auf Anpassung an die wahre Erbfolge durch Abschluß eines Gesellschaftsänderungsvertrages.

Der wahre Erbe bleibt jedoch an solche Vertragsänderungen gebunden, die die übrigen Gesellschafter mit dem Scheinerben in der Zwischenzeit im Vertrauen auf einen Erbschein vorgenommen haben und die nicht zu einer Verpflichtung des wahren Erben führen.

Die Gesellschafterstellung des Scheinerben umfaßt jedoch nicht die vermögensrechtliche Beteiligung des Erblassers; diese fällt vielmehr unmittelbar dem wahren Erben gemäß § 1922 Abs. 1 BGB zu. Verfügungen des Scheinerben darüber sind nur gemäß §§ 2366, 2367 BGB wirksam.

Der Scheinerbe hat jedoch entsprechend § 168 Abs. 2 HGB einen Anspruch auf angemessene Gewinnbeteiligung.

1) Auch hier zeigt sich der von Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 148, 151 ff., 161, aufgezeigte Zusammenhang zwischen Lückenfeststellung und Lückenausfüllung. Auf Grund der Rechtsprechung zur Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei Dauerrechtsverhältnissen war hier die gesetzliche Regelung als lückenhaft anzusehen und dann entsprechend den Grundgedanken dieser Rechtsprechung die Sonderregelung zu schaffen.

2) Siehe oben § 4, S. 23 ff.

3. Teil. Der Scheinerbe eines Kommanditisten, in der Liquidationsgesellschaft und als Miterbe

§ 9 Der Scheinerbe eines Kommanditisten

Beim Tode eines Kommanditisten vollzieht sich die Nachfolge grundsätzlich gemäß § 1922 Abs. 1 BGB; der Erbe wird also wie im Falle der Vererbungsklausel bei der oHG unmittelbar mit dem Tode des Erblassers Gesellschafter ¹⁾. Infolgedessen ist die Problematik eines fehlerhaften Beitritts des Scheinerben auch in diesem Falle gegeben.

Da der Kommanditist Gesellschafter ist, beruht die Ordnung der Gesellschaft mit auf seiner Mitgliedschaft.

So kann in diesem Falle der Gesellschaftsvertrag mit dem Scheinerben geändert worden sein, nur der Scheinerbe hat an Beschlüssen mitgewirkt oder mitgearbeitet, wozu auch der Kommanditist nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet sein kann ²⁾. Daher schafft auch hier das Auftreten eines Prätendenten für die Ordnung der Gesellschaft erhebliche Unsicherheit.

Die Interessenlage ist also in den entscheidenden Punkten dieselbe wie im Falle des Scheinerben eines persönlich haftenden Gesellschafters; die oben gefundenen Regeln müssen danach auch für den Fall der vollzogenen Nachfolge eines Scheinerben in eine Kommanditistenstellung gelten.

Allerdings wird in der Regel dem Scheinerben keine Beteiligung am Gewinn zustehen, da die Beteiligung des Kommanditisten in erster Linie kapitalistisch ist, das Kapital aber nicht vom Scheinerben, sondern vom Erblasser stammt und dem wahren Erben zusteht ³⁾.

Eine Beteiligung des Scheinerben am Gewinn der Zwischenzeit wird jedoch immer angemessen sein, wenn dieser besondere Einlagen erbracht oder mitgearbeitet hat. Auch hier führt die

1) H.L., statt aller Schlegelberger-Geßler Rdnrn. 2 und 3 zu § 177 HGB.

2) Schlegelberger-Geßler Rdnr. 7 zu § 164 HGB.

3) Vgl. § 6 II 1), S. 60.

analoge Anwendung des § 168 Abs. 2 HGB zu einem befriedigenden Ausgleich, da die Berücksichtigung aller dieser Umstände möglich ist.

§ 10 Der Scheinerbe in der Liquidationsgesellschaft

Schließlich vollzieht sich die Nachfolge auch dann nach § 1922 Abs. 1 BGB, wenn mit dem Tode des Gesellschafter-Erblassers gemäß § 131 Abs. 4 HGB die Auflösung eingetreten ist¹⁾.

Auch in einem solchen Fall kan die Nachfolge des Scheinerben in die Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft vollzogen sein.

Die bisherige Liquidation, die noch werbende Tätigkeit mit enthalten kann (§ 149 HGB), ist dann allein unter Beteiligung des Scheinerben als Liquidator erfolgt; dieser hat allein bei den Beschlüssen mitgewirkt. Diese Tätigkeit ist noch echte Gesellschaftstätigkeit, der nicht rückwirkend die Grundlage entzogen werden darf.

Insbesondere ist es auch möglich, daß die übrigen Gesellschafter zusammen mit dem Scheinerben die Fortführung der Gesellschaft beschlossen haben²⁾; diese wird nun durch das Auftreten eines anderen Prätendenten wieder in Frage gestellt.

Danach ist die Interessenlage im wesentlichen dieselbe wie im Fall der "fehlerhaften Nachfolge" in eine werbende Gesellschafterstellung. Wenn auch im Regelfall der Liquidation der Scheinerbe und die Gesellschafter weniger schutzwürdig sind, so ist doch selbst da eine Rückabwicklung der bisherigen Liquidation nicht sinnvoll, wenn sie überhaupt möglich ist.

Es sind also auch für diesen Fall der "fehlerhaften Nachfolge" in eine Gesellschafterstellung die oben gefundenen Regeln anzuwenden.

Ist die Liquidation schon beendet, dann führt das dazu, daß der wahre Erbe, als Inhaber des Auseinandersetzungsgut-

1) H.L., siehe Fußnote Nr. 5 zu §1, S. 3.

2) Zur Zulässigkeit solcher Beschlüsse vor allem Hueck, Recht der oHG, S. 256 ff.

habens ³⁾, dieses unmittelbar von den Gesellschaftern verlangen kann, soweit sie nicht schon gemäß § 2367 BGB mit befreiender Wirkung an den Scheinerben gezahlt haben.

Ist die Liquidation noch nicht beendet, dann wird der wahre Erbe, wenn keine Verkürzung seiner Ansprüche zu erwarten ist, die Beendigung abwarten und nur sein Guthaben verlangen. Im übrigen kann er auch hier Verkürzungen durch einstweilige Verfügung verhindern. Außerdem dürfte in diesem Falle ein wichtiger Grund vorliegen, der die Ernennung anderer Liquidatoren und die Ausschaltung des Scheinerben durch das Gericht nach § 146 Abs. 2 HGB rechtfertigt. Da nach § 146 Abs. 2 Satz 2 HGB auch der pfändende Gesellschaftergläubiger berechtigt ist, diesen Antrag zu stellen, muß hier entsprechend auch der wahre Erbe, dem der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zusteht, analog § 146 Abs. 2 Satz 2 HGB dasselbe Recht haben.

§ 11 Der Scheinerbe in der Erbengemeinschaft

Bisher wurde nur erörtert, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn die Nachfolge eines vermeintlichen Alleinerben vollzogen worden ist.

Es kann jedoch auch bei der Nachfolge mehrerer Erben ein Miterbe verdrängt sein und fälschlich ein Dritter als Miterbe angesehen worden sein.

Dabei sind verschiedene Fälle möglich. Entweder ist ein Dritter neben den wahren Miterben fälschlich als Miterbe angesehen worden, oder der vermeintliche Miterbe hat einen wahren Miterben verdrängt, oder es ist irrtümlich ein weiterer wahrer Miterbe nicht als solcher erkannt worden. In all diesen Fällen war die Gesellschaft in der Zwischenzeit falsch zusammengesetzt ¹⁾.

Bei der Vererbung einer verbenden Gesellschafterstellung nach § 139 oder § 177 HGB werden die Miterben nicht als Er-

³⁾ Vgl. § 6 II 1), S. 60.

¹⁾ Vgl. hierzu Fischer, Recht im Wandel, S. 271 (283).

bengemeinschaft, sondern einzeln im Verhältnis ihrer Erbanteile unmittelbar mit dem Erbfall selbständige Gesellschafter²⁾.

Bis zum Auftreten eines neuen wahren Gesellschaftermiterben beruhen also die Ordnung und die Tätigkeit der Gesellschaft auf der Mitgliedschaft der übrigen beim Vollzug der Erbfolge bekannten wahren und vermeintlichen Miterben.

Hinsichtlich der Gesellschafterstellung des bisher ausgeschlossenen wahren Miterben und der eines irrtümlich nachgefolgten vermeintlichen Miterben müssen also wegen der gleichen Auswirkungen auch die gleichen oben gefundenen Regeln gelten³⁾.

Unproblematisch ist danach die Rechtslage, wenn ein vermeintlicher Miterbe einen wahren Erben verdrängt hat, da dann - wie im Fall des Alleinerben - ein vermeintlicher Nachfolger in vollem Umfang an die Stelle des richtigen Nachfolgers getreten ist.

Wegen der automatischen Aufteilung der Gesellschafterstellung unter die Miterben ist dagegen im Falle des übergangenen Miterben jeder andere Miterbe insofern als Scheinerbe anzusehen, als er zu seinem Teil die Beteiligung des übergangenen Miterben innegehabt hat, während in dem Fall, daß zusätzlich ein vermeintlicher Miterbe nachgefolgt ist,

-
- 2) BGH 22, 186 (192, 193), seit langem ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre (siehe die ausführliche Darlegung der Argumente bei Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, RdNr. 514 ff. I (§ 38 II)); a.A. Börner, AcP 166, 426 (453), der Nachfolgefähigkeit der Erbengemeinschaft bejaht; zweifelnd auch Brox, Erbrecht, S. 511, der jedoch - wie auch Rüthers AcP 168, 263 ff. (276) - zutreffend annimmt, daß die ständige Rechtsprechung inzwischen Gewohnheitsrecht geworden ist.
- 3) Fischer, a.a.O., S. 283, will dagegen für den Fall, daß nur ein vermeintlicher Miterbe als Gesellschafter angesehen worden ist, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anwenden, während es im Falle der Verdrängung eines Miterben bei der nach Fischer auch im Falle des Alleinerben geltenden strikten erbrechtlichen Regelung bleiben soll. Für diese vom Standpunkt Fischers folgerichtige Differenzierung ist hier kein Raum, da - wie oben ausgeführt - immer die Grundgedanken der fehlerhaften Gesellschaft zur Anwendung kommen.

dementsprechend jeder andere Miterbe als wahrer Erbe zu betrachten ist, soweit der vom vermeintlichen Miterben okkupierte Teil seiner Beteiligung betroffen ist.

Daraus ergibt sich auch, daß die etwaigen, getrennt bestehenden Ersatzansprüche des übergangenen Miterben gegen die einzelnen anderen Miterben einen verschiedenen Inhalt und Umfang haben können, je nachdem, welche Verfügungen der einzelne Miterbe über seinen eigenen und damit auch über seinen teilweise vermeintlichen Gesellschaftsanteil wirksam getroffen hat.

Auch wenn die einzelnen Miterben von ihren Wahlrechten nach § 139 HGB - nach §§ 2366, 2367 BGB wirksam⁴⁾ - unterschiedlich Gebrauch gemacht haben, ist dem übergangenen Miterben das Wahlrecht erhalten geblieben⁵⁾; denn im Gegensatz zum Fall des Alleinerben ist nicht einheitlich über die Rechtsstellung des verdrängten Nachfolgers verfügt worden⁶⁾. In diesem Falle muß der übergangene Miterbe jedoch eine etwaige Auszahlung des Abfindungsguthabens an einen nach § 139 Abs. 2 HGB ausgeschiedenen Miterben gegen sich gelten lassen; er hat dementsprechend dann seinen Anspruch auf Einräumung der Gesellschafterstellung verloren, wenn alle Miterben unter Auszahlung des Abfindungsguthabens wirksam ausgeschieden sind und somit über die gesamte Gesellschafterstellung des Erblassers verfügt haben.

Gesamtergebnis

1) Mit Vollzug der Nachfolge eines Scheinerben in die Stellung eines Gesellschafters einer Personalhandelsgesellschaft gilt nur dieser als Gesellschafter.

4) Siehe dazu § 3 II 2), S. 15, 16 und § 6 II 1), S. 59, 60.

5) Zur Modifizierung des Wahlrechts im Falle des Scheinerben siehe oben § 6 I 3) c), S. 52, 53.

6) So auch Fischer, Recht im Wandel, S. 271 ff. (285) für seine grundsätzlich andere Lösung.

2) Für die Zukunft ist jedoch eine Anpassung der Gesellschaftsverhältnisse an die wahre Erbfolge durch Gesellschaftsänderungsvertrag vorzunehmen. Auf Abschluß dieses Vertrages haben sowohl der wahre und der vermeintliche Erbe als auch die übrigen Gesellschafter einen Anspruch gegeneinander.

3) Die vermögensrechtliche Beteiligung - die nach § 717 Abs. 1 Satz 2 BGB abtretbaren Rechte - fallen jedoch unmittelbar gemäß § 1922 Abs. 1 BGB dem wahren Erben zu.

4) Der Scheinerbe ist entsprechend § 168 Abs. 2 HGB angemessen unter Berücksichtigung aller Umstände am Gewinn der Zwischenzeit beteiligt.

L e b e n s l a u f

Am 22. November 1941 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Hans Roloff und seiner Ehefrau Magdalene, geborene Quante, in Wuppertal geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von Ostern 1948 bis zum Frühjahr 1952 besuchte ich die Volksschule Pfalzgrafenstraße, von April 1952 bis zur Reifeprüfung am 8. März 1961 das Städtische Altsprachliche Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasium in Wuppertal-Elberfeld.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar jeweils zwei Semester an den Universitäten Köln und Tübingen und sechs Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Am 11. Dezember 1965 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Seitdem bin ich als Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster tätig. Am 2. November 1966 wurde ich in den Vorbereitungsdienst als Referendar übernommen.

